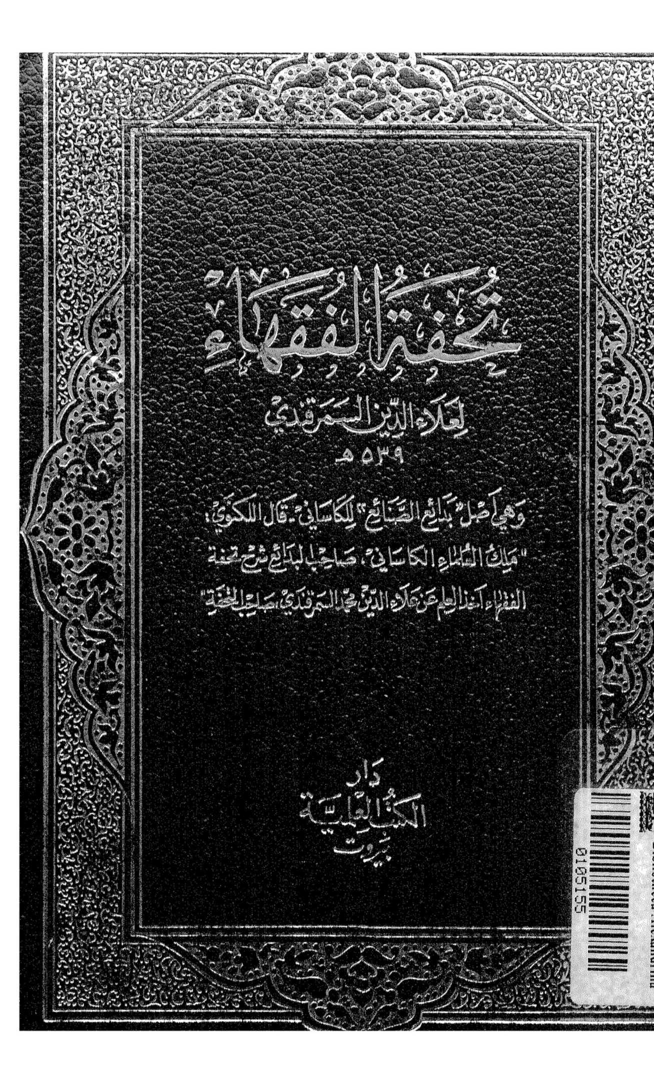

تحفة الفقهاء
لعلاء الدين السمرقندي
٥٣٩ هـ
وهي أصل "بدائع الصنائع" للكاساني. قال اللكنوي:
"ملك العلماء الكاساني، صاحب البدائع شرح تحفة
الفقهاء أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي صاحب التحفة"
دار
الكتب العلمية
بيروت

تُحفةُ الفُقهاءِ



لعلاء الدين السمرقندي

٥٣٩ هـ

وهي أصل «بدائع الصنائع» للكاساني - قال اللكنوي:

«ملك العلماء الكاساني، صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء،

أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي، صاحب التحفة».

الجزء الثالث

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م

يطلب من : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان
هاتف : ٨٠١٣٣٢ - ٨٠٥٦٠٤ - ٨٠٠٨٤٢
ص.ب ٩٤٢٤-١١ - تلكس : NASHER 41245 Le

كتاب
الشركة

الشركة نوعان : شركة أملاك ، وشركة عقود .

فشركة الأملاك

على ضربين :

أحدهما ـ ما كان بفعلهما ، مثل أن يشتريا أو يوهب لهما أو يوصى لهما فيقبلا .

والآخر ـ بغير فعلهما ، وهو أن يرثا .

والحكم في الفصلين واحد ، وهو أن الملك مشترك بينهما . وكل واحد منهما في نصيب شريكه كالأجنبي : لا يجوز له التصرف فيه إلا بإذنه .

وأما شركة العقود

فعلى ثلاثة أوجه : شركة بالأموال ، وشركة بالأعمال ، وشركة بالوجوه ، ويدخل في كل واحد منها شركة العنان وشركة المفاوضة ـ فنذكر في كل نوع : كيفيته ، وشرائطه ، وأحكامه .

وأما الشركة بالأموال

فلها شروط ، عنانا كانت الشركة أو مفاوضة :

منها ـ أن يكون مال الشركة حاضرا ، إما عند العقد أو عند الشراء ،

ولا يجوز بمال غائب أو دين في الحالين ـ ولهذا قالوا فيمن دفع إلى رجل ألف درهم وقال « اخرج مثلها ، واشتر بها ، وبع ، فما ربحت كان بيننا » ، فأخرج ألفا واشترى بها : جاز ، وإن لم يوجد المال المعيّن عند العقد ، وإنما وجد عند الشراء . وإنما كان كذلك لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء ، فوجود المال عنده كوجوده في الابتداء .

ومنها ـ أن يكون رأس مال الشركة **أثمانا مطلقة** ، من الدراهم والدنانير ، عند أكثر العلماء ، ويصح عقد الشركة فيهما بالإجماع ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير : جازت الشركة عندنا . وعند زفر : لا يجوز .

وأما التبر فلا تصح الشركة به ، وجعله كالعروض في هذا الكتاب ، وفي كتاب الصرف جعله ثمنا .

وخلط المالين ليس بشرط عندنا ، وعند زفر شرط .

وأما المكيل والموزون والعدديات المتقاربة : فلا تصح الشركة بها ، قبل الخلط ، بالإجماع ، لأنها ليست بأثمان عند التعيين ، والشركة لا تصح فيها إلا وهي ثمن ، وإنما هي أثمان في الذمةأما بعد الخلط : فقال أبو يوسف : لا تصح الشركة وإنما صارت شركة أملاك ، وقال محمد : صحت الشركة بالخلط .

وإنما يظهر الخلاف فيما إذا كان المكيل نصفين ، وقد شرطا أن يكون الربح أثلاثا ، فخلطاه واشتريا به : قال أبو يوسف : الربح على قدر المالين ، وقال محمد : على ما شرطا .

وأما الشركة بالعروض : فلا تجوز عندنا ، خلافا لمالك ، لأن الشركة تقتضي الوكالة والتوكيل على الوجه الذي تضمنه الشركة لا يصح بالعروض ، فإنه لو قال لغيره « بع عرضك على أن ثمنه بيننا » : لم

يصح . ولو قال لرجل « اشتر بألف من مالك على أن ما اشتريته بيننا وأنا أشتري بألف من مالي على أن ما أشتري بيننا » : جاز ـ فلهذا افترقا .

وأما شركة العنان :

فتفسيرها أن يشارك صاحبه في بعض الأموال التي ذكرنا ، لا في جميع الأموال ، ويكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في التصرف في النوع الذي عينا من أنواع التجارة أو في جميع أنواع التجارة إذا عينا ذلك أو أطلقا ويبينان قدر الربح .

وهذه الشركة جائزة بلاخلاف ، لأنها تقتضي الوكالة في التصرف ، عن كل واحد منهما ، لصاحبه ، والتوكيل صحيح .

ولهذا تجوز هذه الشركة بين كل من كان من أهل التجارة مأذونا فيها ، كالعبد المأذون والصبي المأذون والمكاتب والذمي ، كما تجوز بين الأحرار البالغين المسلمين ، لأن قبول الوكالة صحيح منهم .

ويجوز أن يشترط العمل عليهما ، بان اشتركا على أن « يبيعا ويشتريا على أن ما رزق الله من ذلك فهو بينهما على كذا » ، ويجوز أن يشترطا العمل على أحدهما دون الآخر .

ثم لا شك أنهما إذا شرطا الربح بينهما نصفين : جاز بالإجماع ، إذا كان رأس مالهما على السواء ، سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما ، لأن استحقاق الربح بالمال أو بالعمل ، وقد وجد التساوي في المال .

وإن شرطا الربح بينهما أثلاثاً : فإن كان العمل عليهما : جاز ، سواء كان فضل الربح لمن كان رأس ماله أكثر أو أقل ، لأنه يجوز ان يكون له زيادة حذاقة ، فيكون الربح بزيادة العمل .

وإن شرطا العمل على أحدهما : فإن شرطا العمل على الذي شرط له فضل الربح ، جاز ، لأنه عامل في ماله ، وربحه له ، وعامل في مال

شريكه ، ببعض ربحه ، والربح يستحق بالعمل . وإن شرطا العمل على أقلهما ربحا خاصة : لا يجوز ، لأنه شرط للآخر فضل ربح بغير عمل ولا ضمان ، والربح لا يستحق إلا بمال أو عمل أو ضمان ، ولا نعني بقولنا العمل وجوده بل نعني به شرط العمل .

وإذا اشترك الرجلان بمال على أن يشتريا ويبيعا ، فما كان من الربح فهو بينهما ، ولم يخلطا المال ، فضاع مال أحدهما قبل الشراء ، فقد انتقضت الشركة ، لأن الشركة تعينت في المالين ، فإذا هلك أحدهما قبل الشراء بطلت الشركة فيه ، وبطلت في المال الآخر ، لأن صاحبه لم يرض بمشاركة شريكه فيه إلا بشرط الشركة في مال، وإذا بطلت الشركة فما يشتريه بماله يكون له خاصة .

ولو اشترى بأحد المالين ، ثم هلك المال الآخر ، فما اشتراه فهو بينهما ، لأنه اشتراه مع بقاء الشركة ، فملكا المشتَرَى ، فهلاك المال بعده لا يغير حكم الملك .

ثم لكل واحد من شريكي العنان ، بعدما اشتريا برأس المال أعيانا ، أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة ، ويشتري بالنقد والنسيئة ، وإنما أراد بالشراء بالنسيئة فيما إذا كان في يده دراهم أو دنانير أو مكيل أو موزون فاشترى بذلك الجنس شيئاً ، لأن الشريك وكيل بالشراء ، والوكيل بالشراء يملك الشراء بالنسيئة .

فإذا لم يكن في يده ماذكرنا وصار مال الشركة كله أعيانا وأمتعة ، فاشترى بدراهم أو بدنانير نسيئة فالمشترى له خاصة ، دون شريكه ، لأنه لو صح في حق شريكه صار مستدينا على مال الشركة .

والشريك شركة عنان والمضارب لا يملكان الاستدانة إلا أن يؤذن لهما في ذلك .

وكذا لكل واحد منهما أن يبضع ، ويودع ، ويوكل بالبيع ، ويحتال بالثمن ، ويستأجر ، ويسافر بمال الشركة عند أبي حنيفة ومحمد في أصح الروايات .

وكذا يقبض ما باع بنفسه ، ويخاصم فيه ، ولا يقبض ما باع صاحبه ، ولا يخاصم فيه ، إلا إذا قال كل واحد منهما لصاحبه « اعمل فيه برأيك » فلهما أن يعملا في ذلك ما كان من التجارة وتوابعها ، من الرهن ، والارتهان ، ودفع المال مضاربة ، والسفر بالمال في قولهم إلاالقرض والهبة ، والكتابة ، والتزويج ، ونحو ذلك ، لأن هذا من باب التبرع وليس من جنس التجارة .

وأما شركة المفاوضة :

فشرط صحتها أن تكون في جميع التجارات ، ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه ، وأن يكون ما يلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازما للآخر ، وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر .

ويكون كل واحد منهما ، فيما وجب لصاحبه ، بمنزلة الوكيل ، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه ، ويتساويان مع ذلك في رؤوس الأموال : في قدرها وقيمتها ، ويتساويان في الربح ، فإن تفاوتا في شيء من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عنانا ـ فصارت المفاوضة مشتملة على الوكالة والكفالة والتساوي في الربح والمال الذي يقع به الشركة ، ولهذا لا تجوز إلا بين المسلمين الحرين البالغين العاقلين لتساويهما فى أهلية الكفالة وأهلية سائر التصرفات ، بخلاف العبد والصبي والمكاتب والذمي والمجنون .

ثم كل ما يجوز لشريك العنان أن يفعله يجوز للمفاوض أن يفعله أيضا ، لأن شركة المفاوضة أعم .

ثم كل ما هو شرط في صحة شركة العنان ، فهو شرط في صحة

المفاوضة ، وكل ما فسدت به شركة العنان فهو مفسد لشركة المفاوضة .

ويجوز للمفاوض أيضا ما لا يجوز لشريك شركة عنان ، فمما يختص به المفاوض أن يجوز إقراره بالدين على نفسه وعلى شريكه ، ويطالب المقر له أيهما شاء ليكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه ، وكذلك كل ما وجب على كل واحد منهما من دين سائر العقود التي تكون في التجارة ، من الشراء والبيع والاستئجار وغير ذلك من سائر ما يضمنه أحدهما من الأموال : بالغصوب ، والبيوع الفاسدة ، والخلاف في الودائع والعواري ، والاستهلاكات ، والإجارات ، والرهن والارتهان والكفالة بالمال عند أبي حنيفة خلافا لهما ، والقبض والخصومة ، وإقامة البينة ، والاستحلاف على العلم ، والكتابة ، والإذن في التجارة لعبد الشركة ، وتزويج الأمة ، ونحو ذلك .

ولا يجوز أن يعتق شيئا من عبيد التجارة ، ولا أن يزوجهم .

وإذا اشترى أحدهما طعاما لأهله أو كسوة أو ما لا يتهم فيه فذلك جائز ، وهو له خاصة دون صاحبه ، وللبائع أن يطالب بثمن ذلك أيهما شاء ، إلا أنهم قالوا إن الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك ، لأنه قضى دينه ، من ماله ، بإذنه ، دلالة .

وليس له أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة بغير إذن الشريك ، وإذا اشترى أحدهما جارية ليطأها بإذن شريكه ، فهي له خاصة ، ولا يرجع عليه بشيء من الثمن ـ ولم يذكر الخلاف في كتاب الشركة ، وذكر في الجامع الصغير فقال : عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشيء من الثمن . وعندهما : يرجع عليه بنصيبه على ما عرف ثم .

وأما الشركة بالوجوه

فأن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا ويبيعا بوجوههما ،

على أن ما اشتريا أو اشترى أحدهما ، فهو بينهما نصفان ، وسميت « شركة الوجوه » لانه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجه عند الناس .

وهي عقد جائز عندنا ، خلافا للشافعي ، لتعامل الناس في الأعصار ،من غير نكير .

ثم كيفما شرطا وقوع الملك في المشترى بينهما ، إما نصفان أو كان لأحدهما أكثر ، فهو جائز ، ويقع الملك بينهما كذلك ، ويكون الربح على قدر ملكهما ، ولا يجوز أن يفضل أحدهما على ربح حصته شيئا ، لأن الربح يستحق في هذه الشركة بالضمان ، لا بالمال والعمل ، والضمان على قدر الحصة ، فيكون الربح كذلك ، إذ لو شرط زيادة الربح فإنه يشترط من غير عمل ومال وضمان ، وهذا لا يجوز .

ثم هما في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فضل أحدهما على شريكه وما لا يجوز ، بمنزلة شريكي العنان ، لأنهما اطلقا الشركة ، والشركة المطلقة تقتضي العنان ، فإذا اشتركا بوجوههما **شركة مفاوضة** فذلك جائز ، لأنهما ضما إلى الوكالة المطلقة الكفالة ، وذلك جائز إلا أنه لا بد من التساوي فيما يتبايعانه ، لأن المفاوضة تمنع من التفاضل .

وأما الشركة بالأعمال

فهي تسمى « شركة الصنائع » ، وتسمى « شركة الأبدان »لأن العمل بالبدن يكون ، وهو أن يشترك اثنان في عمل القصارة والصباغة ، على أن يتقبلا الأعمال ويعملا ، فما أخذا من الأجر فهو بينهما .

وهذه الشركة جائزة عندنا ، خلافا للشافعي ، وهي مما جرى به التعامل في جميع الأعصار .

ثم هي قدتكون مفاوضة وقد تكون عنانا .

فالمفاوضة ما ذكرا فيه لفظة المفاوضة أو ذكرا ما هو في معنى المفاوضة ، بأن اشترط الصانعان على أن يتقبلا جميعا الأعمال وأن يضمنا جميعا العمل على التساوي ، وأن يتساويا في الربح والوضيعة ، وأن يكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فيما لحقه بسبب هذه الشركة ، فهي مفاوضة .

وإن شرطا على أن ما قبلا من الأعمال وضمنا العمل فعلى أحدهما الثلثان من العمل ، وعلى الآخر الثلث ، والأجر والوضيعة بينهما على قدر ذلك ، فهذا شركة عنان لوجود معنى شركة العنان .

وكذا إذا ذكرا لفظة العنان .

وكذا لو أطلقا فهي شركة عنان أيضا ، استحسانا ، لأنهما جميعا قبلا الأعمال وضمنا تسليم ذلك إلى صاحبه ، فيكون ذلك جاريا مجرى المفاوضة في أن العمل عليهما ، ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء ، ولكل واحد منهما أن يطالب بأجرة العمل ، وإلى أيهما دفع صاحب العمل برىء ، وعلى أيهما وجب ضمان العمل : فكان لصاحب العمل أن يطالب الآخر ، ولكن لا تكون مفاوضة حقيقة ما لم تذكر لفظة المفاوضة أو يوجد معناها وهو ما ذكرنا ، حتى قالوا في الدين إذا أقر به أحدهما ، من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت قد مضى ـ فإنه لا يصدق على صاحبه إلا بإقراره أو ببينة قامت عليه ، ويستوي أن تكون الشركة في نوع عمل ، فيعملان ذلك أو يعمل أحدهما عملاً والآخر غير ذلك ، أو لم يعمل بعد أن ضمنا جميعاً العملين جميعاً ، لأن الإنسان قد يعمل بنفسه وأجيره .

فإن عمل أحدهما دون الآخر ، والشركة عنان أو مفاوضة ، فالأجر بينهما إن شرطا العمل عليهما والتزما ذلك ، فيكون أحدهما مُعِينا للآخر ، كالقصار إذا استعان برجل في القصارة .

وكذلك إذا شرطا لأحدهما زيادة أجر ، أو شرطا العمل على قدر الأجر ، والوضيعة كذلك : فهو جائز ، وإن كان عمل الذي شرط له الأجر القليل أكثر ، لأن الربح بقدر ضمان العمل ، لا بحقيقة العمل .

وإن شرطا الوضيعة نصفين ، لا يصح ، ويبطل ، وتكون الوضيعة على ما شرطا من ضمان العمل والأجر كذلك .

ولو جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعا ، لأن ذلك بناءعلى ضمان العمل ، وقد ضمنا جميعا .

باب
الشركة الفاسدة

وهي انواع :

منهـا ـ الاشتراك في جميـع المبـاحـات التي تملك بـالأخـذ ، مثـل الاصطياد . والاحتـطاب ، والاحتشاش ، والاستقـاء ، واجتناء الثمـار ، وحفر المعادن .

فإن اشتركا على أن ما أصابا من ذلك فهو بينهما ، فالشركـة فاسـدة ، ولكل واحد منهما ما أخـذه ، لأن الشركـة تقتضي الوكـالة ، والـوكالـة في الاصطياد ونحوه لا تصح ، وإذا فسـدت ، فالأخـذ سبب الملك ، فيكون ملكا له ، ثم ينظر : إن أخذا جميعا معا : فهو بينهما ، لاستوائهما في سبب الملك ، وإن أخذ كل واحد منهما شيئا بانفراده وخلطاه ، وباعاه : فإن كان مما يكال ويوزن : يقسم الثمن على قـدر الكيل والـوزن الذي لكـل واحد منهـما ، وإن كان ممـا لا يكال ولا يـوزن ، يقسم الثمن بينهما ، بـالقيمة ، فيـأخذ كـل واحد منهـما بقيمة الـذي لـه ، وإن لم يعـرف الكيـل والـوزن والقيمة ، يصدق كل واحد منهما ، فيما يـدعي ، إلى النصف ، وإن ادعى أكثر من النصف فعليه البينة .

وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله فله أجر المثل ، بالغا ما بلغ عند محمد ، وعند أبي يوسف : له أجرمثله ، لا يجاوز به نصف المسمى أو قيمتـه ، أي نصف ذلك الشيء الـذي أعـانـه فيـه أو قيمتـه ، كمن قـال

لآخر : « بع هذا الثوب على أن نصف ثمنه لك » : فإنه يجب أجر المثل مقدرا بنصف ذلك الثمن .

ومنها ـ أن يكون لأحدهما بغل ، وللآخر حمار ، فاشتركا على أن يؤاجرا ذلك ، فما رزق الله من شيء فبينهما ، فأجراهما جميعا ، بأجر معلوم ، في عمل معلوم ، وحمل معلوم : فإن هذه الشركة فاسدة ، لأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح بأن قال لآخر : « أجر بعيرك على أن أجره بيننا » : فإنه فاسد ـ فكذا الشركة .

وإذا فسدت الشركة ، فالإجارة صحيحة ، لوقوعها على منافع معلومة ببدل معلوم ، فيقسمان ما أخذا من الأجر : على قدر أجر مثل البغل والحمار .

ومنها ـ أنه لو دفع إلى رجل دابة ، ليؤاجرها على أن الأجر بينهما ، كان ذلك فاسدا ، والأجر لصاحب الدابة ، وكذلك السفينة والدار ، لأنه عقد على ملك الغير بإذنه ويجب أجر المثل ، لأنه استوفى منفعة بعقد فاسد .

ونوع آخر ـ رجل اشترى شيئاً ، فقال له الآخر : « اشركني فيه » ـ فهذا بمنزلة البيع والشراء ، بمثل ما اشترى ، في النصف ، والتولية أن يجعل كله له بمثل ما اشترى ، على ما مر في كتاب البيوع ، فإن كان قبل أن يقبض الأول : لم يجز ، لأنه بيع المبيع المنقول قبل القبض ، وإن كان بعده : جاز ، ويلزمه نصف الثمن ، فإن كان لا يعلم بمقدار الثمن ، فهو بالخيار إذا علم : إن شاء أخذ ، وإن شاء ترك .

ولو اشترى رجلان عبداً ، فأشركا فيه رجلاً بعد القبض : فالقياس أن يكون للشريك النصف ، لأن كل واحد منهما لو أشركه في نصيبه ، على الانفراد ، استحق نصفه ، فكذا إذا أشركاه جميعاً معاً ، وفي

الاستحسان : يكون لـه الثلث ، لأن الشركـة تقتضي المساواة ، فـإذا قالا له « أشركناك فيه » فكأنهما قالا « شاركناك » .

فإن أشركه أحدهما في نصيبه ونصيب صاحبه، فأجاز شـريكه ذلـك ، كان للداخل النصف ولـلأولين النصف ، لأنـه لما أجـاز شريكـه في نصيبه صار نصف نصيبه له ، وقد أشـركه في نصيب نفسـه هذا ، فيكـون للثاني النصف ، وبقي لكل واحد منهما الربع .

كتاب
المضاربة

يحتاج إلى معرفة : تفسير المضاربة ، والألفاظ التي بها تنعقد المضاربة ، وإلى بيان شروط صحتها والشروط المفسدة ، وإلى بيان أحكامها .

وأما تفسير المضاربة

فهو دفع المال إلى غيره ، ليتصرف فيه ، ويكون الربح بينهما على ما شرطا : فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لأنه نماء ماله ، وللمضارب باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح .

وأما ألفاظ المضاربة

فأن يقول : « دفعت هذا المال إليك مضاربة ، أو مقارضة ، أو معاملة » أو : « خذ هذا المال واعمل فيه على أن ما رزق الله من شيء فهو بيننا نصفان أو على أن لك ربعه أو خمسه أو عشره » ولم يزد على هذا ـ فهو مضاربة .

ثم هي نوعان : مطلقة وخاصة .

أما المطلقة ـ فأن يدفع المال إلى رجل ويقول « دفعت هذا المال إليك مضاربة ، على أن الربح بيننا نصفان » .

وأما الخاصة ـ فأن يدفع إليه ألف درهم مضاربة على أن يعمل بها في

الكوفة أو أن يعمل بها في البز أو الخز ، أو قال : « خذ هذا المال مضـاربة بالنصف على أن تشتري به الطعام » ـ ونحو ذلك .

وأما شرائط صحتها

فمنهـا ـ أن يكون رأس المـال من الأثمان المطلقة ، فكـل مـا يصلح رأس مال الشركة ويصح به عقد الشركة ، تصح به المضاربة ، وإلا فلا ، وقد ذكرنا هذا في كتاب الشركة .

وأما المضاربة برأس مال الدين فهو على وجهين :

أحدهما : أن يكون الدين لرب المال عـلى رجل فيقـول له : « اعمـل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف » ـ فإن اشترى بهـا وباع ، فجميـع ما اشترى وباع يملكه وله ربحه وعليه وضيعته ، والدين في ذمته بحاله عند أبي حنيفة ، بناء على أصله ، فيمن وكل رجـلا ليشتري بـالدين الـذي في ذمته ، لم يجز. وعلى أصلهما : يجوز هذا التوكيل ويبرأ من الدين ، فيكـون ما اشترى وباع لرب المال : له ربحه وعليه وضيعته ، والمضاربـة فاسـدة ، لأن الشراء وقع للموكل ، فيكون مضاربة بالعروض .

وأمـا إذا قـال لـه : « اقبض مـالي عـلى فـلان من الـدين واعمـل بـه مضاربة » : فقد جاز ، لأنه أضاف المضاربةالى المقبوض الذي هو أمانه في يده .

ومن شرط صحتها ـ أن يكون الربح جزءاً مشاعا من الجملة .

أمـا إذا عـين بـأن قـال : « عـلى أن لـك من الـربـح مـائـة درهم أو نحوها » ـ فلا يصح ، لاحتمـال أن الربـح لا يكون إلا هـذاالقدر ، فـلا يحصل الربح لرب المال .

وكذا الوصي ـ لو دفع مال الصبي مضاربـة ، وشرط عمـل الصغير : فالمضاربة فاسدة لبقاء يد المالك على المال .

ومنها ـ انقطاع يد رب المال عن رأس المال : شرط صحتها ـ حتى قالوا في المضارب إذا دفع المال لى رب المال مضاربة بالثلث ، فالمضاربة الثانية فاسدة .

ومنها ـ إعلام قدر الربح ، لأن الربح هو المقصود ، فجهالته توجب فساد العقد .

فكل شرط يؤدي إلى جهالة الربح : يفسد المضاربة .

وإن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح : يبطل الشرط ، ويصح العقد ـ مثل أن يشترط أن تكون الوضيعة ، على المضارب أو عليهما: فالشرط يبطل ، ويبقى العقد صحيحا ، والوضيعة في مال المضاربة ، وكذا لو دفع ألفا مضاربة ، على أن الربح بينهما نصفان وعلى أن يدفع إليه رب المال أرضه ليزرعها سنة ، أو على أن يسكنه داره سنة : فالشرط باطل ، والمضاربة جائزة .

وأما الأحكام ـ فنقول :

المضاربة تشتمل على أحكام مختلفة :

إذا دفع المال إلى المضارب : فهو أمانة في يده ، في حكم الوديعة ، لأنه قبضه بأمر المالك لا على طريق البدل والوثيقة .

فإذا اشترى به : فهو وكالة ، لأنه تصرف في مال الغير بإذنه .

فإذا ربح : صار شركة لأنه ملك جزءاً من المال بشرط العمل ، والباقي نماء مال المالك ، فهو له ، فكان مشتركا بينهما .

فإذا فسدت المضاربة ، بوجه من الوجوه : صارت إجارة ، لأن الواجب فيها أجر المثل ، وذلك يجب في الإجارات .

فإن خالف المضارب : صار غاصبا ، والمال مضمون عليه ، لأنه

تعدى في ملك غيره .

ثم من حكم المضاربة المطلقة العامة أن يتصرف المضارب في مال المضاربة ما بدا له من أنواع التجارات ، وله أن يدفع بضاعة[1] ووديعة ، ويستأجر الأجير والدواب والبيوت ، وأن يبيعه بالنقد والنسيئة ، ويوكل وكيلا في الشراء والبيع ، وله أن يرهن ويرتهن في المضاربة ، وله أن يسافر بالمال في الطريق الذي يسافر فيه التجار .

وليس له أن يقرض وأن يستدين على المضاربة ، وإن يأخذ سُفْتَجة[2] ، حتى يأمره بذلك ، وليس له أن يدفع المال إلى غيره مضاربة ، وأن يشارك به ، وأن يخلطه ، بماله ولا بمال غيره - في قولهم جميعا .

وفي الرواية المشهورة : له أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة ، لأنه عادة التجار .

وأما المضاربة الخاصة - فهي ، فيما ذكرنا من الأحكام ، مثل المضاربة العامة ، وإنما تفارقها في قدر الخصوص ، وهو أن يتقيد بالمصر الذي قيده بها ، بأن دفع المال مضاربة ليعمل بها في الكوفة ، فليس له أن يخرج المال من الكوفة بنفسه ، ولا يعطيها أيضا بضاعة لمن يخرج بها عن الكوفة ، فإن أخرجها من الكوفة ضمن ، فإن اشترى بها وباع فما اشترى فهو لنفسه وإن لم يشتر بها شيئا حتى يرده إلى الكوفة بريء من الضمان ورجع المال مضاربة على حالها ، كالمودع إذ خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق .

---

(١) الإبضاع استعمال شخص في المال بغير عوض اي أن يدفع المال لشخص ليتجر به لصاحب المال ويكون كل الربح لصاحب المال فيكون المستبضع وكيلاً متبرعاً .

(٢) السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء : فارسي معرب - أصله سفته : يقال للشيء المحكم - وسمي هذا القرض به لإحكام أمره . وصورتها أن يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه . وقيل : هو أن يقرض انساناً مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق ، وهو نوع نفع استفيد بالقرض . وقد نهى رسول الله ﷺ عن قرض جر نفعاً. وقيل : هذا إذا كانت المنفعة مشروطة ، وأما اذا لم تكن فلا بأس بذلك .

ولـو دفع إليه على أن يعمـل في سوق الكـوفة فعمـل بالكـوفة في غـير سوقها ، فهو جائز على المضاربة ، استحسانا ـ لأنه لا يفيد غالبا .

ولـو قال لـه : « لا تعمـل إلا في سـوق الكـوفـة » ـ فعمـل في غـير السـوق ، فبـاع واشتـرى ، فهـو ضـامن ، لأن هـذا حجـر ، والأول تخصيص ، وإنما يصح التخصيص إذا كـان مفيداً ، والحجـر عن التصرف في ملك نفسه جائز ، ولا يصح التصرف بدون إذنه .

ثم في المضـاربة المـطلقة إذا نهى رب المـال أن يخرج المال من المصـر الذي اشتراه منه وعلم بالنهي ، فليس له أن يخرجه ، وحاصـل هذا أن في المضاربة المطلقة إن خصصها رب المال بعد العقد :

فإن كان رأس المـال بحالـه أو اشترى بـه متاعـا ثم باعـه وقبض ثمنه دراهم ودنـانـير : فـإن تخصيصـه جـائـز ، كـما لـو خصص المضـاربـة في الابتداء ، لانه يملك التخصيص إذا كان فيه فائدة .

أما إذا كان مال المضاربـة عروضـا : فليس يصح نهي رب المـال حتى يصير نقدا ، وذلك نحو أن يقول : « لا تبع بالنسيئة » ، لأن المضاربة تمت بالشراء ، ولو أراد العزل عن البيع ، لم يصح عزله ، فكذلك عن صفته .

ومنهـا ـ أن المضارب ليس لـه أن ينفق من مـال المضـاربـة مـا دام في مصره ، وإذا سافر أنفق من مال المضاربة لنفقتـه ، وكسوتـه ، ومركـوبه ، وعلف دوابه ، ونفقة أجيـره ، ومؤ ونته ومـا لا بد في السفـر منه عـادة إلا مؤ ونة الحجامة والخضاب والنُّورة[1]: فهو من ماله .

وروى الحسن أن كـل ما يثبت فيـه نفقة الإنسـان ، كان فيـه الـدواء والحجامة ، في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذلك الـدهن ، وقال محمد : الدهن في ماله .

(١) النُّورة حجر الكلس ثم غلبت عـلى أخلاط تضـاف الى الكلس من زرنيخ وغيـره وتستعمل لإزالـة الشعر .

ولو أقام في مصر من الأمصار ، للبيع والشراء ، ونوى الإقامة خمسة عشر يوما ـ فنفقته من مال المضاربة ، ما لم يتخذ من المصر دارا للتوطين .

ثم إذا دخل مصره فما فضل من نفقته وكسوته يرده إلى مال المضاربة .

ثم مقدار النفقة التي أنفق يحتسب كله من الربح إن كان ربح ، وإن لم يكن فهو من رأس المال .

وما أنفقه من ماله ، فيما له أن ينفقه من مال المضاربة ، على نفسه : فهو دين في المضاربة ، كالوصي إذا أنفق على الصغير ، من مال نفسه ، لأن تدبير ذلك مفوض إليه .

ومنها ـ أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ، حتى انهما لو اقتسما الربح ، ورأس المال في يد المضارب ، فهلك : فما أخذ رب المال من الربح يكون محسوبا من رأس المال ، ويرجع على المضارب فيما قبضه حتى يتم رأس المال ، فإن فضل فهو ربح بينهما .

ولو هلك رأس المال في يد المضارب ، قبل أن يشتري به شيئا ، يهلك أمانة ، وتنفسخ المضاربة ، لأن المال يتعين في المضاربة.

والقول في المضاربة الصحيحة قول المضارب ، وفي الفاسدة قول رب المال .

فأما إذا اشترى بالمال رقيقا ، فهلك الرقيق ، فهو على المضاربة .

ولو كان رأس المال ألفا ، فاشترى به شيئا ، فهلك الألف ، قبل التسليم ـ فإنه يرجع هو بالألف على رب المال ثانيا وثالثا ورابعا ، وذلك كله رأس المال ، لأن المضاربة قد تمت .

ولو مات المضارب ، ينفسخ عقد المضاربة ، لعجزه عن العمل به ،

فصار كما لـو عزلـه ، إلا أن في العزل لا بـد من العلم وفي الموت ينفسـخ وإن لم يعلم ، لأنه فسخ حكمي .

وكـذلك **إذا مـات رب المال** : ينفسخ ، سواء علم المضـارب بمـوتـه أولا ، لأنه فسخ حكمي .

وهـذا إذا كان المـال نقدا ، **فـأما إذا كـان المال عـروضا** : فـإن بيـع المضـارب جائـز ، حتى يصير نقـدا فيؤدي رأس المال ، ولا ينعزل بـالعـزل صريحا ـ وكذلك بالموت .

ثم المضـاربة **متى فسـدت** ، **وقد ربـح فيها** ، فـالربـح لـرب المـال ، وللمضارب أجر المثل ، لأن استحقاق رب المال الربـح لكونـه نماء مـاله ، والمضارب إنما يستحق بالشرط ، وقـد فسد العقـد ، لكن عمل لـه بحكم عقد فاسد ، فيلزمه أجر المثل .

وكذا إذا **لم يربح** لأنه استعمله مدة في عمله فكان عليه أجر العمل .

وفي المضـاربة الصحيحة ، إن لم يكن ربح ، فـلا شيء للمضارب ، لأنه عامل لنفسه ، فلا يستحق الأجر ـ والله أعلم .

كتاب
الصرف

الصرف اسم لبيع الذهب والفضة ، والتبر ، والمضروب والمصوغ في ذلك سواء ، وكذلك الجنس وخلاف الجنس ، والمفرد والمجموع مع غيره .

يسمى هذا العقد « صرفا » لاختصاصه بالتقابض والصرف من يد إلى يد .

وحكمه ـ حكم سائر الموزونات والمكيلات في جريان ربا الفضل والنسا ، وذلك عند اتحاد الجنس والقدر . **وإنما اختص من سائر البياعات بثلاثة أشياء :**

أحدها ـ أنه لا يصح بدون تقابض البدلين ، قبل افتراق العاقدين بأنفسهما ، فإذا عقدا عقد الصرف، بأن باع دينارا بدينار أو دينارا بعشرة دراهم ، سواء كانا حاضرين وقت العقد أو لا : فإنه ينعقد العقد وينفذ إذا وجد التقابض قبل افتراق العاقدين .

وكذلك إذا كان مجموعا مع غيره ، بأن باع ذهبا وثوباً ، بفضة أو ذهب ـ فالفضة تنقسم على الذهب والثوب : فما يكون بمقابلة الذهب يكون صرفا وما يقابل الثوب يكون بيعا ، فإذا قبض حصة الذهب من الفضة ، وقبض الآخر الذهب بحصة الفضة ـ جاز ، وإن لم يقبض حصة الثوب ، لكن الشرط افتراق العاقدين ، سواء كانا مالكين أو نائبين

كالوكيل والأب والوصي ، لأن القبض من تمام عقد الصرف فيعتبر بالعاقدين ، فإن وجد أحد البدلين زيوفا أو نبهرجة فحكم المسألة مع فروعها قد ذكرناه في كتاب البيوع .

والثاني ـ أن لا يكون فيه خيار شرط ، لهما أو لأحدهما .

والثالث ـ أن لا يكون لهما ، أو لأحدهما ، أجل في الصرف .

فإذا أبطلا الخيار ، أو مات من له الخيار ، قبل افتراق العاقدين : يجوز الصرف استحسانا ، عندنا ـ خلافا لزفر .

وكذا إذا أبطلا الأجل في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد ، وعن أبي يوسف روايتان .

وإن افترقا ولأحدهما خيار رؤية بأن كان مصوغا ـ أما في المضروب فلا يثبت خيار الرؤية ، لأنه لا فائدة فيه ، كما في المسلم فيه ـ فلا يفسد العقد[١]، لأنه خيار حكمي[٢] .

وكذا خيار العيب .

وكذا خيار الإجازة بأن وجد الصرف من الفضوليين على غيرهما ، فإذا بلغه كان له خيار الإجازة وإنه لا يفسد لأنه خيار يثبت حكما .

والمفسد خيار الشرط لا غير .

ولو تصارفا دينارا بدينار ، وسلم أحدهما الدينار ، وأبرأ صاحبه عن الدينار أو وهب منه :

---

(١) المعنى أنه لو افترقا وفي الصرف خيار رؤية : جاز ـ ولكن لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار الرؤية ، لأن العقد ينعقد على مثلها ، لا على عينها ، فلا يكون هناك فائدة في الخيار ، لأن قيام العقد يقتضي ولاية المطالبة بالمثل ، فاذا قبض يرده ويطالبه بآخر وهكذا .

(٢) أي يثبت بدون اشتراطه كما سيتبيّن في المتن فيما يلي .

فإن قبل الذي عليه الدين ما أبـرأه أو وهب له : بـطل الدين عنـه ، وانتقض الصرف لأن البراءة توجب سقوط القبض، الذي هو مستحق حقا للشرع في الصرف ، فإذا اتفقا علـى إسقاطه : بطل العقد ، بفواته .

وإن لم يقبل عليه الدين البراءة : لا تصح ، لأنها سبب للفسخ ، فلا يثبت بقـول أحد المتعـاقدين بعـد صحة العقـد ، ولـو استبـدل عن ذلـك الدينار شيئا بخلاف جنسه ، فالبيع فاسد ، لأن فيه تفـويت القبض الذي هـو حق الشرع ـ وإذا لم يصح هذا ، بقي عقد الصـرف وقـد وجـد قبض أحد البدلين ، فعليه أن يقبض الآخر ، ويتم العقد الأول بينهما .

وإن أخذ عن الدينار الذي عليه دينار أردأ ممـا سمى أو زيوفـا : فإنـه يجـوز ، ولا يكـون استبــدالا ، لأنـه من جنس حقــه ، إلا أنـه نــاقص الوصف ، والجيد والرديء سواء ههنا .

فإن امتنع الواهب والمبرىء أن يأخذ ما وهب له أو أبرأ فإنـه يجبر عـلى ذلك ، لأن في ترك قبض ذلك فساد عقد الغير .

ولو باع دينـارا بعشرة دراهم ، وسلم الـدينار ، ولم يقبض العشـرة ، وكان لمشترى الدينار على بائعه عشرة دراهم ، فأراد المقاصة ـ فههنا ثـلاث مسائل :

أحدهـا ـ أن العشـرة التي على البـائـع وجبت عليـه قبـل الصـرف ، بقـرض أو غصب أو من ثمن مبيع ، فـأراد أن يجعلا ثمن الـدينار ، وهـو العشرة ، قصاصـا بذلـك الدين : فـإن أجمعـا عـلى ذلـك : جـاز وكـان قصـاصـا ، وإن لم يجمعـا عـلى ذلـك : لم يكن قصـاصـا ـ وهـذا جـواب الاستحسان ، والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر .

والثـانية ـ أن يصـير قصاصـا وإن لم يتقاصـا ، وهو أن تكـون العشـر دينا ، على بائع الدينار ، بقبض مضمون ، بعد عقـد الصرف ـ بأن غصب

منه عشرة أو أقرضه عشرة ، وسلمها إليه ، فيصير قصاصا بثمن الصرف وإن لم يتقاصا .

والثالثة ـ وهو أن تجب العشرة ، على بائع الدينار ، بعقد متأخر عن عقد الصرف : فلا يصير قصاصا بثمن الصرف ، وإن تقاصا .

و هذه المسائل ذكرناها في البيوع .

باب آخر
منه

أصل الباب أن ما يجوز البيع فيه متفاضلا ، يجوز فيه البيع مجازفة ، وما لا يجوز فيه البيع متفاضلا ، لا يجوز فيه البيع مجازفة .

- إذا باع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، مجازفة لا يجوز ، لأنه لا يجوز البيع فيه متفاضلا ، فكذلك المجازفة ، لاحتمال الزيادة في أحدهما .

ويستوي الجواب بين أن لا يعرف المتبايعان وزن كل واحد منهما، أو كانا يعرفان وزن واحد دون الآخر ، أو كان أحدهما يعرف والآخر لا يعرف .

فإن وزنا في المجلس ، فكانا ، سواء في الوزن : فالبيع جائز ، استحساناً ، وإن تفرقا قبل الوزن ، ثم وزنا ، واستويا في الوزن ، فالبيع فاسد .

وقال زفر : إذا استويا في الوزن ، جاز في الحالين .

والقياس ما قاله : لأن الفساد لأجل احتمال الفضل ، وقد تبين أنه لا فضل ولكنا نقول : إن علم المتعاقدين بالتساوي بين البدلين شرط جواز العقد ، فيعتبر عند العقد ، إلا أن للمجلس حكم حالة واحدة ، فكان كالعلم عند العقد .

- وأما إذا كان بخلاف الجنس ، بأن باع الذهب بالفضة مجازفة :

جاز ، لأنه جاز البيع فيهما متفاضلا ـ ولهذا قالوا : إذا باع قلب فضة محشوا ، بدرهم ، ولا يعلم قدر وزن القلب : فالبيع باطل ، وقال زفر : جائز ، إلا أن يعلم التفاضل .

وعلى هذا :

ـ القسمة إذا قعت فيما يجري فيه الربا : لا تجوز مجازفة في الجنس الواحد ، وتجوز في مختلفي الجنس .

ـ ولو باع السيف بالسيف ، وأواني الصُّفر بجنسها ، مجازفة : جاز ، لأنه جاز التفاضل .

ـ ولو باع فضة فيها غش ، بفضة مثلها ، والفضة غالبة ، فحكمها حكم الفضة : لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا سواء بسواء ، يدا بيد .

وإن كان الغش هو الغالب : فحكمها حكم النحاس الخالص : لا يباع بالنحاس إلا مثلا بمثل ، يدا بيد .

وإن كان الغش مع الفضة سواء : فيكون حكمه حكم الفضة في أنه لا يجوز أن يباع إلا وزنا ، ولا يجوز بيعه مجازفة وعددا ، وإذا قوبل بالفضة الخالصة في البيع ، يراعى فيه طريق الاعتبار : إن علم أن الفضة الخالصة ، أكثر ، حتى تكون الفضة بإزاء الفضة وزنا ، والزيادة بإزاء الغش : جاز البيع . وإن كانت الفضة الخالصة أقل من الفضة التي في المغشوش ، أو مثلها ، أو لا يدرى : لا يجوز ، لما فيه من الربا .

ـ ولو باع سيفا محلى بذهب أو فضة : إن باع بجنس الحلية والثمن أكثر من الحلية : جاز ، وتكون الحلية بيعا ، بمثل وزنها ، والفضل بإزاء الجفن والحمائل ، لأن الأصل عندنا في تقسيم الثمن على المبيع ، إذا كان أشياء بعضها من جنس الثمن والبعض لا ، صرف الثمن إلى جنسه بمثل وزنه على وجه فيه تصحيح العقد ما أمكن ، وذلك في صرف بعض الثمن

إلى جنسه بمثل وزنه والبعض إلى خلاف الجنس على طريق الاعتبار وذلك ما قلنا .

وأما إذا كان الثمن مثل الحلية أو أقل : فلا يجوز ، لأنه يبقى الجفن والحمائل فضلا في بيع الربا .

وكذلك إذا كان لا يعلم او اختلف التجار في ذلك : فإن علم أن الحلية أقل في المجلس : يكون جائزا عندنا ، وإن علم بعد الافتراق : لا يجوز عندنا ـ خلافا لزفر ، كما في بيع المجازفة .

وهذا إذا قبض حصة الحلية في المجلس ، فأما إذا تفرقا قبل أن يتقابضا ، أو قبض أحدهما دون الآخر ـ فإنه ينظر :

إن كانت الحلية مما لا يتخلص عن السيف إلا بضرر : فسد البيع كله .

وإن كانت تتخلص بغير ضرر : جاز في السيف ، وفسد في الحلية ، لأن العقد بقدر الحلية يكون صرفا ، وفي حق السيف يكون بيعا مطلقا ، والتقابض شرط صحة الصرف لا غير ـ فإذا كانت تتخلص الحلية من غير ضرر ، فكأنهما شيئان منفصلان ، ولهذا جاز العقد في أحدهما دون الآخر ، ولذا جاز أن يبقى . فأما إذا كانت لا تتخلص إلا بضرر فاسد كله ، في حصة الحلية : لعدم التقابض ،وفي حصة السيف ، لأنه بيع شيء لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحق البائع ، وابتداء البيع على هذا الوجه مفسد للبيع ، فكذا في حالة البقاء ، كما إذا باع جذعا في سقف ، حتى لو فصل الحلية عن السيف ، وسلم : جاز ، ويجبر المشتري لتغير صفة المبيع .

ـ ولو باع السيف المحلى بجنس الحلية أو بخلاف جنسها من الذهب والفضة ، والثمن أكثر من الحلية ، ولأحدهما خيار الشرط في البيع ، أو

كان شرط تأجيل الثمن في العقد ، ثم تفرقا عن قبض :

فإن كانت الحلية مما لا يتميز إلا بضرر : فسد البيع في الحلية ، بالتأجيل والخيار المفسدين للصرف ، وفسد في السيف ، لأنه لا يجوز إفراده بالعقد ، لما فيه من إلحاق الضرر بالبائع ، بالتسليم منفصلا .

وإن كانت تتميز من غير ضرر : فسد العقد فيهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن الصفقة اشتملت على الصحيح والفاسد ، والفساد في نفس المعقود عليه ، وفي مثل هذا يشيع الفساد في الكل عندهما ، وعند محمد : يجوز البيع في السيف ويبطل في الحلية، لأن الصفقة اشتملت على الصحيح والفاسد ، وللفاسد قيمته ، فيصح في الصحيح ، ويفسد في الفاسد .

وإذا اشترى من الرجل قلب فضة وزنه عشرة بعشرة ، وافترقا عن قبض ، ثم حط البائع عنه درهما أو زاده المشتري درهما ، وقبل الآخر ذلك ، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : الحط والزيادة فاسدان ، والعقد الأول صحيح . وقال محمد : الحط جائز ، والزيادة فاسدة ، والعقد الأول صحيح - وهذا فرع اختلافهم في الشرط الفاسد : يلتحق بالعقد ويفسده عند أبي حنيفة ، فإذا وجدت الزيادة والحط والتحقا بالعقد يجعل كأن العقد في الابتداء على هذا الوجه ، فيفسد ، للتفاضل ، في مال الربا ! وإنما شرط القبول في الحط ههنا عنده ، لأنه يتعلق به فسخ العقد ، فلا يملكه أحد العاقدين إلا برضا الآخر ، ومن أصل أبي يوسف أن الشرط الفاسد لا يلتحق بالعقد ، فيسقط اعتبار الزيادة والحط جميعا ، وأما محمد فقوله مثل قول أبي يوسف إلا أنه يقول : الزيادة فاسدة ، فلا نلتحق بالعقد ، والحط صحيح ، لأنه يمكن أن يجعل هبة مبتدأة كحط جميع الثمن .

فأما إذا كان بخلاف الجنس بأن باع قلب فضة وزنه عشرة بدينار ، والمسألة بحالها : صح الحط والزيادة ، بالإجماع ، ويلتحقان بأصل العقد

فيشترط قبض هذه الزيادة ، في المجلس - حتى لو افترقا قبل قبض الزيادة في مجلس الزيادة : يفسد العقد في حصة الزيادة ، لأن الزيادة صارت ثمن الصرف . وفي الحط : تفرقا أو لم يتفرقا ، فهو صحيح ، لأن الفضل في خلاف الجنس جائز ، ويجب عليه رد ما حط .

ولو باع دينارا ودرهما ، بدرهمين ودينارين - جاز عندنا ، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس ، خلافا لزفر والشافعي .

وعلى هذا الخلاف إذا قوبل أبدال من جنسين مختلفين ،بأبدال من جنسين مختلفين ، في أموال الربا ، في المكيل والموزون : فإنه يصرف الجنس إلى خلاف الجنس ، والمسألة معروفة .

ولو كسر حلية سيف ، أو سوارا : فإنه يضمن قيمة الصياغة - بخلاف جنسه ، لأن هذه جودة متقومة ، لحصولها بصنع العباد ، ولكن لا يمكن تضمينه من جنسه ، لانه يؤدي إلى الربا ، فيجب التضمين بخلاف الجنس .

فصل القرض جائز فيما له مثل من جنسه ، لأنه يجب عليه رد المثل .

والأجل في القرض باطل ، شرط في الأصل ، أو طرأ عليه ، لأن أخذ مثل القرض كعين القرض ، فيكون فاضلا في العين ، وهو باطل .

ولو استقرض فلوسا أو دراهم ، ثم كسدت : فعند أبي حنيفة يجب عليه رد مثلها ، وعند أبي يوسف ومحمد : رد قيمتها ، لكن عند أبي يوسف تعتبر القيمة يوم القرض ، وعند محمد في آخر وقت نفاقها قبل أن تكسد ، وهذا كالاختلاف بينهما فيمن غصب مثليا وانقطع : قال أبو يوسف : تجب قيمته يوم الغصب ، وعند محمد : يوم الانقطاع .

فإذا باع الفلوس بخلاف جنسها : فإنها لا تتعين إن كان ما يقابلها من العروض بمنزلة الدراهم ، وإن كان ما يقابلها من الدراهم والدنانير لا

تتعين أيضا ـ لكن إذا افترقا من غير قبض أحدهما ، يفسد العقد ، لأنه افتراق عن دين بدين ، وإن قبض أحدهما : جاز ، ولا يشترط قبضهما ، لأنه ليس بصرف .

وأما إذا باع الفلوس **بعضها ببعض** .

فإن كان عينا بعين ، فإنه يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، متفاضلة أو متساوية ، لأنها إنما لا تتعين لعدم الفائدة ، وفي التعيين فائدة ، وهو جواز العقد ، وعند محمد : لا يجوز متفاضلة ، لأنها ثمن ، فيكون كبيع الدرهم بالدرهمين .

فأما إذا كان الكل دينا أو أحدهما : فالمشهور من الرواية عنهم أنه لا يجوز . وعن أبي يوسف : يجوز ـ والمسألة تذكر في الخلافيات .

كتاب

الرهن

يحتاج إلى :

بيان شرعية عقد الرهن ،

وإلى بيان ركنه ،

وإلى بيان شرائط جوازه ،

وإلى بيان ما يصلح مرهوناً ،

وإلى بيان ما يكون مرهوناً به ،

وإلى بيان حكم الرهن ، وما يتعلق به من الأحكام .

أما الأول ـ فنقول :

الرهن عقد شرع وثيقة بمال .

عرفت مشروعيته بالنص ، وهو قوله تعالى : ﴿ يا أيها الـذين آمنوا ﴾ إلى أن قال ﴿ فرهان مقبوضة ﴾[1] .

وروي عن النبي عليه السلام أنه اشترى من يهودي طعامـاً ، نسيئة ، ورهن به دِرْعه .

وأما بيان ركنه

فهو الإيجاب والقبول ـ فالإيجاب قوله : « رهنتك هـذا بمالك عليَّ من

(١) البقرة : ٢٨٢ ـ ٢٨٣ .

الدين » ، أو قوله : « خذ هذا الشيء رهنا بدينك » ـ ونحو ذلك .

وأما شرائط جوازه

فمنها ـ القبض ، وهو عندنا .

وقال مالك : يصح بالإيجاب والقبول .

وهو خلاف النص : قال الله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ .

ومنها ـ دوام القبض ، بأن يكون محوزا في يده ، لأن مقصود الرهن هو الاستيثاق ، وذلك لا يحصل إلا بهذا .

ومنها ـ أن يكون منفصلا عن غيره ، غير متعلق بما لم يقع عليه عقد الرهن .

وعلى هذا قلنا : **إن رهن المشاع لا يصح** . وقال الشافعي : يصح . والصحيح ما قلناه ، لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بالتهايؤ ، وذلك يوجب فوات القبض على الدوام .

ويستوي الجواب في المشاع الذي ينقسم والذي لا ينقسم ، ومن الشريك وغيره .

وأما الشيوع الطارىء : فيبطل الرهن في رواية الأصل . وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه لا يبطل .

وأما إذا رهن بيتا بعينه ، من دار بعينها : جاز ، لأنه ليس بشائع ـ ولهذا قلنا إنه لا يجوز رهن ثمرة في شجرة بدون الشجرة ، ولا الشجرة بدون الكرم ، حتى يحوزه ويسلمه إلى المرتهن ، وكذا رهن شجر في أرض بدون الأرض ، وكذا إذا رهن زرعا دون الأرض ، أو الأرض دون الزرع ، لأن الرهن متصل بما ليس برهن ، فلا يصح التسليم ، وإن رهن النخل والشجر والكرم بمواضعها من الأرض : جاز ، لأنه لا يمكن

قبضها ، بما فيها ، بالتخلية .

ولـو قال : « رهنتـك هذه الـدار أو هذه الأرض أو هـذه القـريـة » - يـدخل في الـرهن كل مـا كان متصـلا بالمرهـون : من البنـاء في الـدار ، والشجر مع الثمر والزرع والرطب في الأرض - لأن الرهن لا يجوز بدون ما يتصل به ، فكان إطلاق العقد ينصرف إلى ما فيه تصحيحه .

ولـو رهن دارا ، وفيها متـاع قليل أو كثـير ، أو حبوب ، أو شيء ممـا ينتفع به ، دون هذه الأشياء : لم يصـح الرهن ، حتى يسلم الـدار فارغـة عنها .

ولو رهن الدار بما فيها ، صـح إذا سلم الدار إليـه ، وخلى بينـه وبين الدار بما فيها ، ويصير الكل رهنا .

ولو رهن دارا ، والراهن والمرتهن في جوفهـا ، فقال : « رهنتهـا منك وسلمتهـا إليـك » وقـال المـرتهن : « قبلت » - لم يتم الـرهن حتى يخـرج الراهن من الدار ثم يقول الراهن : « قـد سلمتها إليـك » - لأنه لا يصـح التسليم إلى المرتهن ، وهو في الدار ، فإذا خرج فلا بد من تسليم جديد .

ثم قبض الأب ، والوصي ووكيل المرتهن ، كقبضه .

وكذا **قبض العدل** : كقبضه ، لأنه يمسك الرهن للمـرتهن ، ولكن لا يملك نقض يـده ، والرد الى يـد الراهن . وليس لـه أن يقبضه المـرتهن إلا بإذن الراهن ، لأنه لم يرض بإمساك المرتهن ، حيث جعلاه في يـد العدل ، وشرطا في عقد الرهن أو بعد الرهن .

فأما إذا شرطا أن يكـون في يد العـدل ، وأن يبيعه بـدينه ويقضي بـه دينه - فيصح، ولكن لا يملك الراهن نقض هذه الوكالة إلا برضا المرتهن ، لأن البيع صار حقا من حقوق الرهن ، زيادة وثيقة في حق المرتهن بطلبه .

ولو لم يكن مشروطا في الرهن ، ثم أمر العدل بعد ذلك ببيعـه - فهذا

توكيل بالبيع : فيملك الراهن عزله والنهي عن البيع ، وإذا مات الراهن ، ينعزل هذا الوكيل ـ وفي الفصل الأول لا يملك الراهن عزله ولو مات لا ينعزل الوكيل عن البيع .

وأما بيان ما يصلح مرهونا

فكل مال ، متقوم ، يجوز أن يكون مبيعا ـ لأن حكمه ملك الحبس بالدين ، ليقضي منه الدين ، إذا عجز عن القضاء إلا به ، فلا بد من أن يكون مالا متقوما .

ولهذا لا يجوز أن يكون المدبر ، وأم الولد ، والمكاتب ، والحر ـ رهنا ، لأنه لا يمكن استيفاء الدين من هؤلاء .

وكذلك لا يجوز أن يكون الخمر ، والخنزير ـ رهنا ، سواء كان العاقدان مسلمين ، أو أحدهما مسلما والآخر ذميا ، لأن الرهن للإيفاء والاستيفاء ، وإيفاء الدين من الخمر والخنزير لا يجوز من المسلم ، وكذا الاستيفاء من المرتهن المسلم .

ثم في حق أهل الذمة يجوز الرهن والارتهان بالخمر والخنزير ، لانهما مال عندهم ، ولا يجوز بالميتة والدم ، لأنهما ليسا بمال أصلا .

وكذا المشاع ، والثمرة المعلقة من الشجرة ، والزرع النابت في الأرض ـ لا يصح رهنا ، لأنه لا يتحقق فيه التسليم .

وأما بيان ما يجوز أن يكون مرهونا به ـ فنقول :

الدين يصلح أن يكون مرهونا به على كل حال ، سواء كان ثمة بيع ، أو ضمان إتلاف ، ونحو ذلك ، لأن الرهن للاستيفاء، واستيفاء الدين من ثمن الرهن متحقق .

وأما الأعيان المضمونة فعلى وجهين :

ما كان مضمونا بنفسه ، كالمغصوب ـ فيجوز الرهن به ، والمضمون

بنفسه ما يجب ، عند هلاكه ، مثله إن كان مثليا وقيمته إن لم يكن له مثل .

وأما الأعيان المضمونة بغيرها ـ فلا يجوز الرهن بها ، كالمبيع في يد البائع : مضمون بالثمن ، لا بنفسه ، على معنى أن المبيع إذا هلك يسقط الثمن ، إذ لا يجب بهلاكه شيء على الضامن ويصير به مستوفيا للدين .

وأما الأعيان التي ليست بمضمونة ـ كالودائع ، والعواري ، والمستأجر ومال المضاربة ، والشركة : فلا يجوز الرهن بها ، لأن ما ليس بمضمون لا يصير المرتهن مستوفيا بهلاكه .

ويجوز الرهن ببدل الصلح عن دم العمد ، وببدل الخلع ، والمهر ، لأنها مضمونة بأنفسها ، فإنها إذا هلكت يجب مثلها إن كان لها مثل ، وقيمتها إن لم يكن لها مثل .

ثم إذا هلك الرهن ، والعين المضمونة قائمة في يد الراهن ، يقال له : « سلم العين التي في يدك ، وخذ من المرتهن الأقل من الدين ومن قيمة الرهن ـ» لأن المرهون مضمون عندنا كذلك .

وإن هلكت العين المضمونة قبل هلاك الرهن ، فيصير الرهن رهنا بقيمة العين المضمونة ، فإذا هلك الرهن ، بعد ذلك ، هلك بالأقل من قيمته ومن قيمة العين التي كان رهنا بها .

ولا يجوز الرهن بقصاص ، في نفس ، أو فيما دونها ، لأنه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن .

وإن كانت الجناية خطأ ، جاز الرهن بأروشها ، لأنه يمكن الاستيفاء من الرهن .

وأما حكم الرهن

فعندنا ملك العين في حق الحبس ، حتى يكون المرتهن أحق بإمساكه ، إلى وقت إيفاء الدين .

وإذا مات الراهن فهو أحق به من سائر الغرماء ، فيستوفي منه دينه ، فما فضل يكون لسائر الغرماء والورثة .

ولهذا لا يجوز للراهن أن يتصرف فيه تصرفاً يبطل حق المرتهن من البيع والإجارة والهبة وغيرها .

ولهذا لا يجوز له أن ينتفع بالمرهون ، نوع انتفاع ، من الاستخدام والركوب ، ونحو ذلك .

وكذلك زوائد الرهن : تكون رهناً عندنا وهو أحق بالإمساك . ويكون أحق به ، بعد وفاته ، كما في حق الأصل ـ إلا أن الزوائد غير مضمونة عليه ، حتى لا يسقط الدين بهلاكها .

وليس للمرتهن أن يبيع الرهن بدينه ، إلا إذا سلطه الراهن على بيعه ، أو سلط العدل على ذلك .

فإن أعار المرتهن الرهن من الراهن ، أو الراهن من المرتهن : فإنه يجوز ، ويخرج الرهن من ضمان المرتهن ، وعقد الرهن على حاله ، ولكل واحد منهما أن يبطل العارية ، ويرده إلى الرهن ، لأن العارية غير لازمة .

وعلى هذا : إذا غصبه غاصب : يخرج عن ضمان المرتهن ، ولكن الرهن قائم ـ حتى إن للمرتهن أن يأخذه من الغاصب ويرده إلى الرهن .

وأما إذا آجره الراهن من المرتهن : فيخرج من الرهن ، ولا يعود أبداً ، لأن الإجارة عقد لازم ، فالاقدام عليه يكون فسخاً للرهن .

وكذلك لو آجر الراهن ، من غير المرتهن ، فأجازه المرتهن ـ أو المرتهن من غيره فأجازه الراهن : جازت الإجارة ويخرج من الرهن ، لما قلنا .

ولو باع الراهن أو المرتهن ، وأجاز صاحبه : فإنه يجوز البيع ، ويصير الثمن رهناً مكانه ، قبض من المشتري أو لم يقبض ، لأن الثمن قائم مقام الرهن ، وإن كان الثمن في ذمة المشتري ، ولا يجوز رهن الدين ابتداء ، ولكن يجوز البقاء ، كالعبد الرهن : إذا قتل ، تكون قيمته رهناً ، حتى لو توى الثمن في ذمته ، أو هلك المقبوض : فإنه يهلك من مال المرتهن ، ويسقط الدين بقدره ، كما لو كان في يده .

وللمرتهن أن يطالب الراهن بإيفاء الدين مع عقد الراهن ، إذا لم يكن مؤجلاً ، لأن الرهن شرع لتوثيق الدين ، فلا يسقط حق المطالبة إلا بالأداء .

ويجوز للراهن أن يوكل المرتهن ببيعه ، واستيفاء الدين منه .

ولو قال الراهن « إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فهو لك » : لم يجز ، وهو رهن على حاله ، لأن التمليك لا يتعلق بالشرط .

ولا يجوز للحاكم أن يبيع الرهن بدينه ، بعد حلول الأجل ، إذا كان مفلساً ، عن أبي حنيفة ، ولكن يحبس الراهن حتى يبيعه ، وعند أبي يوسف ومحمد : يبيعه ـ وهذا فرع مسألة الحجر على الحر .

وأما **نفقة الرهن** فعلى وجهين :

فكل نفقة ومئونة كانت لمصلحة الرهن وتبقيته : فعلى الراهن .

وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن ، أو لرد جزء منه فات بسبب حادث : فعلى المرتهن .

بيانه أن الرهن ـ إذا كان حيواناً : فنفقته وكسوته على الراهن .

وإن كان الرهن أمة ، فولدت : فأجر الظئر على الراهن .

وإن كان الرهن بستاناً فيه أشجار وكرم : فسقيه ، وتلقيح نخله ، وجداده[1]،والقيام بمصلحته على الراهن ، وكذا الخراج ، فأما العشر : ففي الغلة ،والزرع : يأخذ الإمام والباقي رهن عنده .

وكذا أجر الراعي : عليه ، لأنه يحتاج إليه لعلف الحيوان ، فهو كالطعام والشراب .

ويستوي الجواب فيه بين أن يكون الرهن مضموناً أو أمانة ، كزوائد الرهن أو ما فضل من قيمة الرهن على الدين ، لأن كله ملكه : فعليه كفايته ومئونته .

وأما ما يحتاج إليه للحفظ ـ كأجرة المسكن ، وأجرة الحافظ ، ومأوى البقر والغنم : فعلى المرتهن .

وكذا ما يحتاج لرد العين إلى يد المرتهن ـ كجعل الآبق : فعليه ، إن كان قيمة الرهن والدين سواء ، وأن كان بعضه أمانة : فعليهما على قدر الأمانة والضمان .

وأما ما يجب لرد جزء من العين إلى يد المرتهن الذي فات بسبب عارض ـ كمداواة الجراح والقروح والأمراض : فهو منقسم عليهما : فما كان من حصة المضمون : فعلى المرتهن ، وما كان من حصة الأمانة : فعلى الراهن .

وما وجب على الراهن ، ففعله المرتهن ، بغير أمر الحاكم ـ فهو متبرع فيه . وإن كان بأمره : يرجع به على الراهن .

وكذا ما وجب على المرتهن ، فأداه الراهن ، بغير أمره ـ فهو متبرع .

---

(١) جد النخل جواداً صرمه أي قطع ثمره .

ثم للراهن أن يمتنع من إيفاء الـدين عند محـل الأجل ، حتى يحضـر المرتهن الرهن ، لأنه ربما يكون هالكاً أو غائبـا . فإذا أحضـر الرهن يقـال للراهن : « سلم الدين إليه أولا ثم اقبض الـرهن » . حتى يتعين حقـه ، فيكون عيناً بعين ، كما في البيع .

ولو جنى المرتهن ، على الرهن ، أو غيرُه جنايـة : يجب عليه قيمتـه ، أو مثله إن كـان الرهن مثليـاً ، ثم إن لم يكن الـدين حـالاً : يكـون رهنـاً مكـانه ، وإن كـان الدين حـالاً أو حل : فـإن كان مثـل دينـه في الجنس والصفـة ، يصير المـرتهن مستوفيـاً لـدينـه . وإن كـان هـو المتلف : يصـير قصاصا بقدر الدين ، ويترادان الفضل .

وإن كان الرهن عبداً ، فجنى على إنسان ، خطأ ـ فإن ضمان الجنـاية على المرتهن ، ويقال للمرتهن أولاً : « افد العبد عن أرش الجناية » ـ وإنمـا يخاطب هو بذلك أولاً ، لما أن فيه إبقاء حقه ، وهو الرهن ، لأنه إذا فدى طهر العبد عن الجناية ، فجعل كأن الجناية لم تكن ، فيبقى الـدين والرهن على حاله ، ولا يرجع على الـراهن بشيء من الفداء ، لأنـه أصلح الرهن باختياره . وليس للمرتهن أن يدفع العبد بحال ، لأن الدفع تمليك الرقبة، وهو لا يملك تمليك مال الغير بغير إذنه .

وإن لم يفـد وأبى ذلـك ، يقـال للراهن : « ادفـع أو أفـده » ـ فـأيهـا اختار : بطل الرهن ، والدين ، لأن عين العبد ، أو بدله ، وهو الفداء ، صار مستحقاً بسبب كان عند المرتهن ، فجعل كأنه هلك الرهن .

ولو استهلك العبد المرهون مال إنسان ، وذلك يستغرق الرقبة : فـإن أدى المرتهن الدين ، الـذي لزم العبـد المرهـون : بقي الرهن والـدين على حاله ، وفرغ عن الدين ، وإن أبى أن يؤدي الدين : قيل للراهن : « بعه في دينه أو اقض دينه » ـ فإن قضى دينه : بطل دين المرتهن عـلى الراهن ، ويخرج العبد عن الـرهن ، لأنه استحق بسبب كـان عند المـرتهن ، فيكون

عليه ، وإن لم يقض دين العبد : يباع العبد في الدين الذي لحقه ، فيأخذ صاحب دين العبد دينه ، ويبطل بمقدار ذلك من دين المرتهن : فإن كان دين المرتهن أقل : كان ما بقي من ثمن العبد للراهن ، وإن كان دين المرتهن أكثر من دين الغريم : استوفى المرتهن ما بقي من دينه ، وما فضل من ثمن العبد للمرتهن إن كان الدين حل ، وإلا أمسك ما فضل رهناً في يده إلى أن يحل الدين فيأخذه قصاصا بدينه .

ولو رهن عبدين أو ثوبين بألف درهم ، كل واحد منها بخمسمائة ، فأدى خمسمائة لم يكن له أخذ واحد منهما ، حتى يؤدي كل الدين . وكذلك في العبد الواحد ـ لأن كل جزء من الرهن محبوس بكل الدين ، فما لم يقبض الكل ، يكون له حق حبس الكل .

وإن كان الرهن شيئين أو أكثر ، فإنه ينقسم الدين عليهما ، على قدر قيمتهما يوم القبض ، لأنه صار مضموناً بالقبض .

ولو زاد في الرهن شيء ، بأن ولدت الأمة المرهونة ولداً ، أو نحو ذلك ، فإنه ينقسم الدين على الأصل يوم القبض ، وعلى الزيادة يوم الفكاك ، لأن الزوائد تكون مضمونة ، وإن كانت محبوسة إلى يوم الفكاك .

ثم الزيادة في الرهن جائزة عندنا : خلافاً لزفر ، كالزيادة في المبيع ، وينقسم الدين عليهما جميعاً ، ويعتبر قيمة الأصل يوم قبضه ، ويعتبر قيمة الزيادة يوم الزيادة .

فأما الزيادة في الدين : فلا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وعند أبي يوسف : تجوز ـ وهذه المسألة من مسائل الخلافيات .

ولو استعار من رجل شيئاً ليرهنه بدينه ، فأعاره منه ، مطلقا ليرهنه : فله أن يرهنه ، بأي صنف من الدين ، وبأي قدر : قليلا أو

كثيرا ، لأن هذا بمنزلة الإذن لـه بقضاء الـدين من مال هـو عنده وديعـة ، وقد أذن مطلقا فيجب العمل بإطلاقه .

وإن سمى لـه قدرا أو إنسـانا ، بعينـه أو في بلد بعينه ـ فليس لـه أن يفعل بخلافه ، ولو فعل كان لصاحبه أن يأخذ الرهن ، لأنه لم يأت بما أمر بـه ، فلم يصح الـرهن ، فإن عجـز الـراهن عن قضـاء الـدين ، فقضـاه المعير : فله أن يرجع ، لا يكون متبرعا ، لأنه مضطر في ذلك لوصوله إلى ماله ـ بمنـزلة الـوارث : إذا قضى دين الميت لتسلم له التـركة : يـرجع في التركة ، لما قلنا .

ولـو رهن عبدا من إنسـان ، ثم جـاء بـرهن آخـر حتى يكـون مكـان الأول ، وقبـل المرتهن الـرهن الثاني ـ جـاز ، ويصير الثـاني هو الـرهن إذا قبض الراهنُ الأولَ ، لأنه مـا رضي بالجمـع بينهما رهنـا ، ولا يصيرالثـاني رهنا إلا بعد انفساخ الأول ، ضرورة عدم الجمع . وإنما تقع الضرورة إذا قبض الأول ، فـأما إذا لم يقبض : بقي الأول رهنـا دون الثاني ، حتى لـو هلكا : يكون الثاني أمانة والأول هلك بدينه .

ولو أعتق الراهن العبد المرهون : ينفذ عتقه عندنا ، خلافا للشافعي ـ وهي مسألة معروفة .

كتاب
الشفعة

يحتاج فيه إلى :
بيان ما تجب به الشفعة ،
وإلى بيان شرائط الوجوب ،
وإلى بيان كيفية الوجوب ،
وإلى بيان الأحكام المتعلقة بالشفعة .

أما الأول ـ فنقول :

سبب استحقاق الشفعة أحد الأشياء الثلاثة : الشركة في البقعة ، والشركة في الحقوق ، والجوار على سبيل الملاصقة ـ وهذا عندنا .

وعند الشافعي : لا يستحق إلا بالشركة في البقعة ـ وهي مسألة معروفة .

ثم إنما تستحق الشفعة بها على الترتيب : فالشريك في البقعة أولا ، ثم الشريك في الحقوق ، ثم الجار الملاصق ـ لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل ، والضرر على هذا الترتيب في العرف .

فإن سلم الشريك في البقعة : تثبت للشريك في الحقوق ، وإن سلم هو : تثبت للجار الملاصق .

ولا يثبت للجار المقابل لأن ضرره دون ضرر هؤلاء ، والشرع ورد بالشفعة في حق هؤلاء ، فلا يقاس عليهم غيرهم مع التفاوت في الضرر .

وأما شرائط الوجوب

فمنها ـ عقد المعاوضة عن المال بالمال : فإنها لا تجب بهذه الأسباب إلا عند عقدالبيع أو ما هو في معناه من : الصلح والهبة بشرط العوض إذا وجد قبض البدلين ، فأما إذا قبض أحدهما دون الآخر ، فلا شفعة ـ وهذا عندنا ، خلافا لزفر : إنها تجب بنفس العقد ـ وهذا فرع مسألة بينهم : أن الهبة بشرط العوض : عقده عقد هبة ، وجوازه جواز البيع ، فما لم يتقابضا لا يكون في معنى البيع ، وعنده : عقده عقد بيع ـوهي مسألة كتاب الهبة .

ولو وهب ثم عوض بعد العقد : فلا يجب الشفعة فيه ، ولا فيما هو عوض عنه ، بأن جعل العوض داراً ، لأن هذا ليس في معنى البيع ، لأنه ليس بمشروط في العقد .

ولهذا لا يجب في المملوك بمقابلة المنافع ، بأن جعل الدار مهرا أو أجرة .

ولهذا لا يجب في الدار المملوكة بغير بدل كالهبة ، والصدقة والوصية ، أو ببدل ليس بمال ، كبدل الخلع والصلح عن دم العمد .

ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله : إن مَن تزوج امرأة على دار على أن ترد عليه ألفا ، فلا شفعة في شيء من الدار . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : تجب الشفعة .

واستحقاق الشفعة في البيع بشرط الخيار قد ذكر في البيوع .

وفي البيع الفاسد : إذا ملك عند القبض لا يستحق الشفعة ما لم يبطل حق الفسخ ، إما لاتصال المبيع بزيادة ، أو بزوال ملك المشتري ، لأن حق الفسخ ثبت لحق الشرع .

وإذا أخذ الشفيع المشترى شراء فاسدا بالشفعة : يأخذه بقيمته يوم قبض ، لأن القيمة فيه بمنزلة الثمن في الشراء الصحيح .

ومنها ـ أن يكون المبيع عقارا او في معناه :

وقال مالك : يثبت في المنقول الذي هو نظيره ، وهو السفن ، ولهذا قال : إذا بيعت الضيعة ببقرها ومماليك يعملون فيها ـ يجب الشفعة في الكل .

وعندنا : لا يستحق فيما ليس بعقار من البقر والعبيد .

وأصله ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : « لا شفعة إلا في ربع[1] أو حائط » .

ويستوى الجواب عندنا في العقار الذي تجوز قسمته والذي لا تجوز قسمته ، كالحمام والرحى والبئر والنهر والدور الصغائر .

وعند الشافعي : لا يجب فيما لا يقسم .

وإذا بيع سفل عقار دون علوه ، أو علوه دون سفله : تجب الشفعة ـ أما في بيع السفل : فلا يشكل ، لأنه عقار . وأما في بيع العلو وحده : فقياس واستحسان ، لأنه ليس بعقار ولكن في معناه ، لأن حق التعلي يتعلق بالبقعة ، على التأبيد ، فهو بمنزلة البقعة .

وأما بيان كيفية الوجوب ـ فنقول :

إن حق الشفعة يجب على طريق الفور ، عندنا ، نظرا من الجانبين .

وعند الشافعي : يجب وجوبا مؤبدا .

واختلفت الرواية في تفسير الفور : في بعضها : أنه إذا علم بالبيع

---

(١) الرُّبع هو الدار حيث كانت ـ وجمعه رباع وربوع .

ينبغي أن يطلب الشفعة ساعتئذ ، فإذا سكت ولم يطلب ، بطلت شفعته ، وفي بعضها : أنه على المجلس ـ فإن محمدا ذكر في « الأصـل » : « إذا بلغ الشفيع البيع : إن لم يطلب الشفعة مكانه : بطلت الشفعة » .

وذكر الكرخي أن هذا ليس باختلاف رواية ، وإنما هو على المجلس ، كخيار المخيَّرة والقبول .

ثم الطلب نوعان :

أحدهما : **طلب مواثبة** ـ وهو ما ذكرنا : فكـما علم ببيع الـدار يطلب الشفعة فيقول : « طلبت الشفعة وأنا طـالبها » أو قـال : « ادعيت الشفعة وأنا على شفعتي » ، ويشهد على ذلـك ، حتى يتأكـد الوجـوب ، بالـطلب على الفور ـ ويعلم أنـه ليس بمُعْرِض ، حتى يحصل المطالبة من الخصم بعد ذلك ـ من غير اشتغال بشيء ، مع القدرة على المطالبة .

وليس الإشهاد بشرط لصحـة الطلب ، ولكن للتـوثيق ـ حتى إذا أنكر المشتري طلب الشفعة حين علم فيقول : « لم تـطلب الشفعة حـين علمت بـل تركت الشفعـة وقمت عن المجلس » ، والشفيـع يقـول : « طلبت » ـ فالقول قول المشتري ، فلا بد من الإشهاد وقت الطلب ، توثيقا لحقه .

ولـو لم يكن الشهـود حـاضـرين ، فبعـث في طلبـهم ، ومـكـث في المجلس ، لا تبطل شفعته ، كما في خيار المخيَّرة .

وعن أبي بكر الرازي أنه قال : إذا طلب الشفعـة ثم قام عن المجلس إلى الشهود ، وأشهدهم على ذلك ـ جاز ، لأن الطلب يحتاج إليه ، لثبوت الشفعة ، فيما بينه وبين ربه ، والشهود يحتاج إليها ، للتوثيق الذي ذكرنا .

والـطلب الثاني : **المـطالبـة من الخصم** ـ لأن المـطالبـة لا بـد لهـا من مطالب ومطلوب .

فإن كان المبيع لم يقبض بعد : فالشفيع بالخيار بـين مطالبـة البائـع أو

المشتري أو الطلب عند المبيع والإشهاد عليه ـ لأن المشتري مالك، والبائع صاحب يد ، فيصح من الشفيع المخاصمة معهما لنقل الملك واليد . فأما المبيع . فيتعلق الشفعة به ، فيقوم الطلب عنده مقام الطلب منهما باعتبار الحاجة .

فأما إذا كان المبيع في يد المشتري : لم يصح الإشهاد على البائع لأنه خرج من أن يكون خصماً ، لزوال يده وملكه ، ولكن له الخيار في الإشهاد على المشتري أو عند العقار .

ثم ما ذكرنا من الاختيار إذا كان الشفيع حاضرا عند وقوع البيع ، بحضرة الدار والبائع والمشتري .

وأما إذا عقد البيع في غير الموضع الذي فيه الدار ، والشفيع حاضر ، فلم يطالبهما بالشفعة ، وحضر موضع الدار وأشهد ثَمَّ : بطلت ، شفعته ، حيث ترك المطالبة مع القدرة عليها .

وإن كان الشفيع غائبا عن مجلس البيع ، فعلم فحضر موضع الدار ، ولم يطلب الشفعة ، وذهب حتى يجد البائع أو المشتري : تبطل شفعته ، لأنه ترك الطلب مع القدرة عليه .

فأما إذا بيعت الدار في المصر الذي هي فيه ، والشفيع في مصر آخر ، فعلم بذلك : فالجواب في حقه والجواب في حق الحاضر سواء : في أنه يطلب على الفور ، ويشهد ، ثم يشتغل بالطلب من البائع أو المشتري ، أو الإشهاد عندالدار ـ إلا أن له الأجل بمقدار المسافة التي بينه وبين المصر الذي وقع فيه البيع من المتعاقدين ، حتى يذهب إليه بنفسه فيطلب الشفعة ، أو يبعث وكيلا لطلب الشفعة والإشهاد عليه ، وذلك الأجل من وقت العلم بالبيع وطلب المواثبة ، فإذا مضى الأجل ، ولم يذهب بنفسه ، ولا بعث وكيلا لمطالبته الشفعة ـ تبطل شفعته .

وإذا وجد كلا الطلبين وصح الإشهاد على الوجه الذي ذكرنا ، فبعد ذلك له أن يشتغل بالمرافعة إلى باب القاضي والخصومة ، لأخذ الدار بالشفعة .

فإن كان المبيع في يد البائع :فالقاضي يحضر البائع والمشتري جميعا ، ولا يقضي له بالشفعة حتى يحضرا ، لكونهما خصمين : أحدهما بيده ، والآخر بملكه ، لأن القضاء لا يجوز بدون حضرة الخصم .

وإن كان المبيع في يد المشتري : فالقاضي يحضره لا غير ، ويقضي عليه ، لأن البائع خرج من أن يكون خصما لزوال يده .

فإذا قضى القاضي بالشفعة ، والدار في يد البائع : انتقض البيع الذي بينه وبين المشتري ، وينعقد البيع بينهما في المشهور من الرواية ، وينتقل الصفقة إليه .

وروي عن أبي يوسف أن البيع لا ينتقض .

فعلى الرواية المشهورة : يسلم الشفيع الثمن إلى البائع ، ويكون عهدة الشفيع على البائع ، وهي الرجوع بالثمن عند الاستحقاق ويرجع المشتري على البائع بالثمن إن نقده .

ثم الشفيع يأخذ الدار بالثمن الذي وقع عليه البيع ، من الدراهم والدنانير والمكيل والموزون في الذمة ، لأن تلك الصفقة انتقلت إليه . وإن كان الثمن من العروض فيأخذ بقيمته .

ثم القاضي يقضي بالشفعة سواء أحضر الشفيع الثمن أو لا ، في المشهور من الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، ويأمر الشفيع بتسليم الثمن إليه للحال ، فإن لم يسلم : يحبسه ، ولا ينقض الأخذ بالشفعة ـ لأنه بمنزلة الشراء ، فإن طلب منه : حتى يذهب ويحضر الثمن ـ فالقاضي لا يحبسه ، لأنه لم يوجد منه المطل . وإن طلب الأجل يوماً أو

يومين : فالقاضي يؤجله ، إن رضي الخصم ، وإلا فيحبسه .

وقال محمد : لا ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الثمن . فإذا أحضر الثمن يقضي بالشفعة ، ويأمر الشفيع بتسليم الثمن إلى المشتري . فإن قضى القاضي له بالشفعة ، قبل إحضار الثمن وأمر الشفيع بدفع الثمن إليه من ساعته فقال : « لا أنقده إلى يوم أو يومين»أو « إلى شهر » ، وأبى المشتري أن يقبل ذلك ، لا يفسخ قضاؤه ولا ينقض الأخذ بالشفعة ، ولكن يحبسه .

والاحتياط من القاضي أن لا يقضي بالشفعة ما لم يؤجل للشفيع أجلا ويقول له : « إن لم تأت بالثمن إلى هذا الأجل فلا شفعة لك » ـ حتى إذا امتنع وفرط في الأداء : تبطل شفعته ، فأما ، بدون ذلك ، إذا قضى بالشفعة : لا تبطل شفعته ، بالتأخير .

ولو أن الشفيع بعد وجود الطلبين والإشهاد ، إذا أخر المرافعة إلى باب القاضي ولم يخاصم هل تبطل شفعته ؟ فقد اختلفت الروايات عن أصحابنا والحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله : لم تسقط الشفعة ، بالتأخير بعد الإشهادين ، إلا أن يسقطها بلسانه فيقول : « تركت الشفعة » .

وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وفي رواية أخرى عنه : إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يقدر على المخاصمة فيه : بطلت شفعته ـ ولم يوقت .

وقال محمد وزفر : إذا أخر المطالبة بعد الإشهاد شهرا من غير عذر : بطلت شفعته .

وعن الحسن أنه قال : وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ـ وبه نأخذ .

وذكر الكرخي أنه إذا حال بين الشفيع وبين الإشهاد ، عند الدار أو على البائع أو المشتري ، حائل لا يستطيع الشفيع أن يصل إلى ذلك معه ولا أن يبعث وكيلا : فهو على شفعته إلى أن يزول الحائل المانع له ، ثم يعود الأمر بينهم على ما ذكرنا ، لأن ترك المطالبة ، مع المانع ، لا يدل على الإعراض ـ ولهذا قالوا : إن حق الشفعة يجب عند البيع . ويتأكد بالطلب ، ويثبت الملك به بقضاء القاضي أو بالتراضي من الخصمين .

وأما الأحكام

فكثيرة ـ نذكر بعض المشهور منها :

فمن ذلك ـ بيان ما تبطل به الشفعة وما لا تبطل ، مما يحدث من الشفيع .

بيان ذلك :

ـ إذا اشترى الرجل دارا لها شفيع فساوم الشفيع المشتري في الدار ، لنفسه أو لغيره ، أو سأله أن يوليه إياها ، أو يشركه فيها ، أو يؤاجرها منه ، أو كانت أرضا فطلب منه المزارعة ، أو نخلا أو كرما فسأله المعاملة ـ وذلك كله بعدما علم بالشراء : فذلك كله تسليم للشفعة ، لأن ذا دلالة الإعراض عن طلب الشفعة ، لأن حكمها ينافي حكم أخذ الدار بالشفعة .

ـ ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها ، بعد الشراء ، للمشتري : تبطل شفعته ، سواء علم بالشراء أو لم يعلم ، لأنه بطل الجوار ، الذي هو سبب الاستحقاق ، قبل أخذ الدار بالشفعة .

ـ ولو سلم الشفعة قبل البيع ، لا يكون تسليما ، لأن الشفعة لم تثبت بعد ، فلا يصح إبطاله .

ولو سلم بعد الشراء : تبطل الشفعة ، سواء علم أو لم يعلم ،

بخلاف المساومة والاستئجار .

ـ ولو أخبر الشفيع أن الشراء بألف درهم ، فسلم الشفعة ، ثم ظهر أن الثمن أكثر أو أقل ، أو على خلاف جنسه ـ فالأصل في هذه المسائل أنه إذا لم يحصل غرض الشفيع على الوجه الذي سلم : لم يصح التسليم ، وإن حصل ـ صح :

فإذا ظهر أن الثمن أكثر مما أخبر به : لم يبطل التسليم ، لأن الشفيع إذا لم يصلح له الشراء بالألف ، فأولى أن لا يصلح بأكثر منه ، فلا يفوت غرضه بما ظهر بخلاف ما أخبر .

ولو ظهر أن الثمن أقل : لا تبطل الشفعة ، لأن التسليم يكون لكثرة الثمن عنده ، وأنها لا تساوى بها ، ويصلح له الدار بالأقل .

ـ ولو أخبر أن الثمن ألف درهم فإذا هو مائة دقينار : فإن كان قيمتها ألف درهم أو أكثر : صح التسليم ، وإن كان أقل : فله الشفعة ، عندنا ، خلافا لزفر ، لما قلنا .

ـ ولو أخبر أن الثمن ألف درهم أو مائة دينار ثم ظهر أنها بيعت بمكيل أو موزون قيمته مثل ذلك أو أقل : فتسليمه باطل ، لأنه يجوز أن يكون سلم ، لأنه لا يقدر على ذلك الجنس الذي أخبر ، وهو يقدر على الجنس الذي بيعت به .

ـ وكذا إذا أخبر أنها بيعت بالحنطة ثم ظهر أنها بيعت بشعير قيمته مثل الحنطة أو أقل : فله الشفعة لما ذكرنا .

ـ ولو أخبر أن الثمن دراهم أو دنانير ، ثم ظهر أن الثمن عرض من العروض الذي تجب الشفعة بقيمته : فإن كان مثله أو أكثر : فالتسليم صحيح ، وإن كان أقل : فلا يصلح ، لأن القيمة دراهم أو دنانير .

ـ وإن أخبـر أنها بيعت بعـرض ثم ظهـر أنها بيعت بجنس آخـر من العروض : فهو على شفعته لما ذكرنا .

ـ ولـو بلغه أنها بيعت نصفهـا فسلم ، ثم ظهر أنـه بـاع الكـل : فله الشفعة .

وإن كان على عكس هذا : فلا شفعة له ، لأن الإنسان ربما لا يرضى مع الشريك ، فكان التسليم بناء عليه ، ويرضى بالدار كلها .

وفي رواية : الجواب على ضد ما ذكرنا .

ـ ولـو أخبـر أن المشتـري زيـد ، فسلم ، ثم ظهـر أنـه عمـرو : فله الشفعة . وإن كانا قد اشترياها جميعا ، أخذ نصيب الذي لم يسلم الشفعة فيه ، لأن الإنسان قد يرضى بشركة واحد ولا يرضى بشركة غيره .

ـ ولـو اشترى الـرجل دارا صفقـة واحدة ، فـأراد الشفيـع أن يـأخـذ بعضها دون بعض ، أو يأخذ ما يليـه من الدار ـ ليس لـه ذلك ، وإنمـا له أن يأخذ الكل أو يدع ، لأن فيه تفريق الصفقة على المشتري .

ـ ولـو اشتـرى دارين ، صفقـة واحـدة ، فـأراد شفيعهـا أن يـأخـذ إحـداهمـا ويتـرك الأخـرى : فليس لـه ذلـك ، سـواء كـانت الـداران متلاصقتين أو لا ، وسـواء كانتـا في مصر واحـد أو في مصرين ، لأن فيـه تفريق الصفقة على المشتري .

وقال زفر : له الخيار بين أن يأخذهما أو يأخذ احداهما .

ـ ولـو كان الشفيـع شفيعا لإحـداهما دون الأخـرى ، وقد وقـع البيع صفقة واحدة : فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف : له أن يأخـذهما ، وليس له أن يأخذ التي تجاوره بالحصة ، وقال محمد : يأخذ التي تليـه بالشفعـة ، ولا شفعة له في الأخرى لما ذكرنا .

ـ ولو أن الشفيع وجد الدار المبيعة منقوضة بعد الشراء أو مهدومة ، فإنه ينظر: أن كان بفعل المشتري أو الأجنبي فهو بالخيار : إن شاء أخذ العرصة بالحصة ، وإن شاء ترك . وإن انتقضيت أو انهدمت بنفسها : فله الخيار : إن شاء أخذها بجميع الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن أخذ الدار بالشفعة بمنزلة الشراء ، فيثبت الملك بالشفعة في العرصة والبناء جميعا ، لكونه تبعا لها ، والأتباع لا حصة لها من الثمن إذا فاتت لا بصنع أحد ، فأما إذا فاتت بصنع المشتري أو الأجنبي ، فصار مقصودا بالإتلاف والقبض فيصير لها حصة ، من الثمن ، وقد تغير المبيع فكان له الخيار على الوجه الذي ذكرنا .

ـ وإن كان المشترى كرما وفيه أشجار وثمار ، فقطع المشتري شجرها أو جد ثمرها ، أخذ بحصة الكرم ، ويحط قيمة ما أخذ منه .

وإن ذهبت بآفة سماوية : أخذها بجميع الثمن أو ترك ، لما قلنا .

فإن لم يكن ، في وقت الشراء ، فيه ثمر ، ثم أثمرت ، فجدها المشتري ، فإن الشفيع يأخذها بجميع الثمن إن شاء أو يترك ، ولا يدفع له بحصة الثمر ، لأنه لم يكن في أصل البيع ، فإن كان الثمر في أصل البيع : فهو كما ذكرنا ، من البناء والنخل .

ـ وإن كان المشترى أرضا ، فيها زرع : فإنه يأخذها الشفيع ، بزرعها ، بقلا كان أو مستحصدا ، لأنه تبع الأرض ، فإن حصد المشتري الزرع ثم جاء الشفيع : فإنه أقسم الثمن على قيمة الأرض وعلى قيمة الزرع ، وهو بقل ، يوم وقع عليه العقد ، فيأخذ الشفيع الأرض بما أصابها من الثمن ، ولا يقسم الثمن على قيمة الزرع وهو مستحصد ـ هذه رواية عن أبي يوسف .

وروي عن محمد أنه قال : أقوم الأرض وفيها الزرع ، وأقومها ليس

فيها ذلك الزرع ، فما كان بين ذلك فهو قيمة الزرع ولا أقوم الزرع ، وهو بقل محصود .

ولو كان للدار شفعاء ، بسبب الشركة ، فحضروا : فهي بينهم على عد الرؤوس عندنا .

وعند الشافعي : على قدر الأنصباء ـ وهي مسألة معروفة .

فإن سلم الشركاء إلا واحد : فله أن يأخذ الدار كلها .

وإن سلم البعض دون البعض : فالدار كلها بين من لم يسلم ، على قدر عددهم .

فإن سلم الشركاء كلهم : فللجيران الشفعة ، على عددهم .

وعلى هذا : إذا بيعت دار في زقاق غير نافذ : فأهله جميعاً شركاء في الشفعة ، وهم أولى من الجيران المتلاصقين الذين لا طريق لهم في الزقاق ، لأن الشريك في الطريق أولى . فإن سلم الشركاء في الطريق ، فالشفعة للجوار المتلاصقين .

ولو اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فقال المشتري : « اشتريتها بألفين » ، وقال الشفيع : « بألف » ـ فالقول للمشتري في الثمن مع يمينه ، وعلى الشفيع البينة ، فإن أقام الشفيع البينة : يقضي ببينته ، وإن أقاما جميعا البينة : فالبينة بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : البينة بينة المشتري ـ وهي تعرف في الخلافيات .

ولو اشترى الرجل ساحة ، فبناها ، ثم جاء شفيعها وطلب الشفعة ، فإنه يقضى له بالعرصة ، ويقال للمشتري « اقلع بناءك وسلم الساحة إلى الشفيع » عندنا ، وروي في رواية عن أبي يوسف أنه يقال للشفيع : « خذ الدار بالثمن وبقيمة البناء او اترك » ـ وهو قول الشافعي وهي مسألة معروفة .

ولو أخذ الشفيع الدار بالشفعة ، فبناها ، ثم استحقت الدار ، فإن المستحق يأخذ الدار ، ويقال للشفيع « اهدم بناءك » ولا يرجع على المشتري بقيمة البناء إن كان أخذ الدار من يده ، ولا على البائع إن كان أخذها منه ، لأنه ليس بمغرور ، ولكن يرجع على المشتري بالثمن ، لأنه لم يسلم له المبيع .

ولو اشترى الرجل دارا بثمن مؤجل - فالشفيع بالخيار : إن شاء أخذها بثمن حال، وإن شاء انتظر إلى مضي الأجل ، فإذا مضى الأجل أخذها ، وليس له أن يأخذ بثمن مؤجل ، لأن الأجل إنما يثبت بالشرط ، ولم يوجد بين المشتري والشفيع .

ولو مات الشفيع بعد طلب الشفعة والإشهاد على المشتري ، قبل أن يقضى له بالشفعة ، تبطل الشفعة عندنا ، ولا تثبت للورثة .

وعند الشافعي : يثبت للورثة .

فحق الشفعة لا يورث ، عندنا ، كالخيار ، وعنده يورث .

ولو اشترى رجل دارا لم يرها ، فبيعت بجنبها دار ، فأخذا بالشفعة : لم يبطل خياره ، ولو كان له فيها خيار الشرط : يبطل خياره - لأنه لو قال « أبطلت خياري قبل الرؤية » : لم يبطل خيار الرؤية ، فلا يبطل بدلالة الإبطال ، ولو قال « أبطلت خيار الشرط » : يبطل - فكذا بالدلالة .

ثم الحيلة في إبطال الشفعة هل هي مكروهة ؟

روي عن أبي يوسف أنها لا تكره .

وعن محمد أنه قال : أكره ذلك أشد الكراهة .

وعلى هذا : الخلاف في إسقاط الزكاة ، قبل مضي الحول - والله أعلم .

كتاب
الذبائح

يحتاج إلى بيان :

ما يباح أكله من الحيوان وما لا يباح ، وما يكره ،

وإلى بيان شرائط الإباحة .

وإلى بيان محل الذبح وكيفيته ،

وإلى بيان ما يذبح به ،

وإلى بيان أهلية الذبح .

أما الأول ـ فنقول :

إن الحيوان على ضربين : ما لا يعيش إلا في الماء ، وما لا يعيش إلا في البر .

أما الذي لا يعيش إلا في الماء :

فكله محرم الأكل، إلا السمك خاصة بجميع أنواعه ، سوى الطافي منه : فإنه مكروه ، لقوله عليه السلام : « أُحلت لنا ميتتان ودمان : السمك والجراد ، والكبد والطحال » ـ وهذا عندنا .

وقال الشافعي : السمك الطافي ، وجميع ما في البحر ، حلال .

ثم عندنا ـ الطافي على وجهين : إن مات بسبب حادث : يؤكل ، وإن مات حتف أنفه : لا يؤكل .

وأصله ما روي عن جابر بن عبد الله الأنصاري[1] أن النبي عليه السلام نهى عن أكل الطافي .

فأما الذي مات من الحر أ البرد أو كدر الماء : ففيه روايتان .

وقالوا في سمكة ابتلعت سمكة : إنها تؤكل ، لأنها ماتت بسبب حادث .

وهو حلال في حق المحرم والحلال جميعا .

وكذلك اصطياد ما في البحر : حلال في حق المحرم والحلال .

وأما ما لا يعيش الا في البر :

فعلى نوعين : منه ما ليس له دم سائل ، ومنه ما له دم سائل .

أما ما ليس له دم سائل ـ فكله حرام إلا الجراد ، مثل الذباب ، والزنبور وسائر هوام الأرض وما يدب عليها وما يكون تحت الأرض من الفأرة واليَرْبُوع والحيات والعقارب ، لأنها من جملة الخبائث ، إلا أن الجراد يحل بالحديث الذي كذكرنا .

وأما ما له دم سائل ـ فعلى ضربين : مستوحش ومستأنس .

فالمستأنس منه ـ لا يحل أكله من البهائم سوى الأنعام ، وهو الإبل والبقر والغنم لقوله تعالى : ﴿ أحلت لكم بهيمة الأنعام ﴾[2] واسم « الأنعام » خاص فيها ذكرنا عند أهل اللغة .

فأما ما لا يحل فالحمير والبغال والخيل ـ وهذا قول أبي حنيفة .

---

(١) هو أحد المكثرين الرواية عن رسول الله ﷺ . وممن روى عنهم أبو بكر وعمر وعليّ وأبو عبيدة ومعاذ . وروى عنه جماعات من أئمة التابعين منهم سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار . وقد توفي بالمدينة سنة ثلاث وسبعين وقيل ثمان وسبعين وقيل ثماني وستين وهو ابن أربع وتسعين سنة .

(٢) المائدة : ١ .

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك إلا أنهما قالا : يحل الفرس خاصة ـ وهي مسألة معروفة .

وأما المستأنس من الطيور ، كالدجاج والبط والأوز : فيحل بإجماع الأمة .

وأما المستوحش منه ـ فيحرم كل ذي ناب من السباع ، وكل ذي مخلب من الطيور ، إلا الأرنب خاصة ، لحديث رسول الله ﷺ ـ رواه ابن عباس : انه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير ـ وخص منه الأرنب لحديث عمر .

فذو الناب من السباع : الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البري والأهلي . وكذلك الفيل وابن عرس من جملة ذي الناب ـ ونحوها .

وذو المخلب من الطيور : الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين ونحوها .

وما سوى ذلك من المستوحش من البهائم والطيور : فهو حلال ـ كالظبي وبقر الوحش وحمر الوحش والإبل ونحوها . ومن الطيور : الحمام والعصفور والعَقْعَق وغراب الزرع الذي يأكل الزرع ولا يأكل الجيف ونحوها ـ إلا أنه يكره أكل الغراب الأبقع والغراب الأسود الذي يأكل الجيف .

ويكره الجلالة من الإبل والبقر والغنم ، لأن الغالب من أكلها النجاسة .

فأما الدجاجة المخلاة التي تأكل النجاسة أيضا ـ قالوا : لا يكره ، لأنها تخلطها بغيرها ، ولأن الجلالة يتنن لحمها ويتغير ولحم الدجاجة لا

ينتن ولا يتغير .

ثم الجلالة إذا حبست أياما حتى تعتلف ولا تأكل النجاسة : تحل . وعن أبي حنيفة روايتان : في رواية محمد : لم يوقت الحبس بل يحبس حتى يطيب لحمها ويذهب نتنه ، وفي رواية أبي يوسف : مقدر بثلاثة أيام . فأما الدجاجة فقد روي عن أبي يوسف أنها لا تحبس ، لأنه لا ينتن لحمها ، ولكن المستحب أن تحبس يوما أو يومين .

أما جنين ما يؤكل لحمه إذا خرج ميتا : لا يحل عند أبي حنيفة وزفر والحسن .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : يحل ـ والمسألة معروفة .

وأما شرائط الحل

فمنها ـ الذبح ، أو النحر في جميع ما يشترط فيه الذبح ـ لكن النحر في الإبل ، والذبح في الشاة : أحب .

وأصله قوله تعالى : ﴿ إلا ماذكيتم ﴾[1]، واسم الذكاة يقع عليهما جميعا .

ومنها ـ التسمية : حتى لو تركها ، عامدا : لا يحل عندنا ـ وعند الشافعي : يحل .

وأجمعوا أنه لو تركها ، ناسيا : يحل ـ والمسألة معروفة .

ثم في ذكاة الاختيار : تجب التسمية لكل ذبيحة عند الحز والقطع . وفي ذكاة الاضطرار : يشترط عند الرمي والإرسال لا عند الإصابة . ولا يشترط التعيين لكل صيد ، بخلاف الأهلية . بيانه أنه :

(١) سورة المائدة : ٣ .

ـ لو أضجع شاة ليذبحها ، فسمى ، ثم بدا له أن لا يذبحها فأرسلها ، وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يحل .

ـ ولو رمى صيدا ، وسمى ، فأخطأه وأصاب آخر فقتله : فلا بأس بأكله ، لأن التسمية ، عند الذبح ، تشترط عند القدرة ، وعند العجز أقيم الإرسال والرمي مقام الذبح إذا اتصلت به الآلة .

وكذا لو أرسل كلبا على صيد بعينه ، وسمى ، فأخذ غير الذي هو سمى عليه من غير أن مال عن سنن الأولى : يحل .

ـ ولو ذبح شاة وسمى ، ثم ذبح أخرى فظن أن التسمية الأولى تجزي عنها : لم يؤكل ، فيجب أن يحدث لكل ذبيحة تسمية .

ـ ولو رمى سهما وسمى : فقتل به من الصيد اثنين ، أو أرسل كلبا وسمى فقتل صيدين : يحل كله ، لما قلنا .

ولو سمى وتكلم بكلام قليل ، أو فعل فعلا قليلا ، ثم ذبح ، فلا بأس به ، ويجعل كالمتصل للضرورة ، أما إذا تكلم بكلام طويل ، أو فعل فعلا كثيرا ، بين التسمية والحز : لا يحل .

ومنها ـ **تجريد اسم الله عند الذبح عن اسم غيره** ـ حتى لو قرن باسم الله اسم غيره ، وإن كان اسم النبي عليه السلام : فإنه لا يحل .

وتجريده عن الدعاء مستحب ، وليس بشرط ، بأن قال « باسم الله ! اللهم تقبل عني أو عن فلان » ، ولكن ينبغي أن يدعو بهذا وبمثله قبل التسمية أو بعد الفراغ عن التسمية منفصلا عنها ، ولكن لا يوجب الحرمة .

ولو سبح أو هلل أو كبر وأراد به التسمية على الذبيحة : يحل اما لو أراد به الحمد على سبيل الشكر : لا يحل .

وكذا لو سمى : ينبغي أن يريد به التسمية على الذبيحة . أما لو أراد به التسمية عند افتتاح العمل : لا يحل .

وأما محل الذبح ، وكيفيته ـ فنقول :

الذكاة نوعان : ذكاة اختيار ، وذكاة اضطرار .

أما ذكاة الاضطرار ـ فمحله جميع البـدن ، فيحل بـوجود الجـرح أينما أصاب ، على ما نذكره .

وأمـا ذكاة الاختيـار ـ فمحله ما بـين اللَّبـة واللحيـين ، لقـولـه عليـه السلام : « الذكاة ما بين اللَّبة واللحيين » .

ثم الذكاة هي فري الأوداج ، والأدواج أربعة : الحلقوم ، والمريء ، والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمريء : فالحلقوم مجرى النفس ، والمـريء مجرى الطعام والشراب ، والعرقان مجرى الدم .

فإذا قطع الأوداج الأربعة : فقد أتى بالذكاة المأمور بها بتمامها .

فأما إذا نقص من ذلك ـ فقد اختلفوا فيه :

روي عن أبي يـوسف عن أبي حنيفـة أنــه إذا قـطع أكـثر الأوداج : حل ، وفسر ذلك بأن قطع ثلاثة منها من أي جـانب كان ـ وبـه أخذ ، ثم رجع فقال : لا يحل ما لم يقطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين .

وروي عن محمد عن أبي حنيفة أنه قال : ما لم يقطع الأوداج الأربعـة أو الأكثر من كل واحد منها : لا يحل ، حتى إنه إذا قطع الثلاثـة أو الأكثر منها وقطع نصف الرابع أو أقل : لا يحل ـ وبه أخذ محمد .

فصـار الحاصـل ـ أن عند أبي حنيفـة : الأكثر عـلى رواية أبي يـوسف يرجع إلى الثلاثة منها ، وعلى رواية محمد : الأكثر يرجع إلى كل واحد من الأربعـة ، وقال محمـد : إنه لا يحـل ما لم يقـطع الكل أو الأكـثر من كـل

واحد منها . وقال أبو يوسف : يحل إذا قطع ثلاثة منها : الحلقوم والمريء وأحد الودجين .

وقال الشافعي : إذا قطع الحلقوم والمريء : يحل .

ولو أبان رأس البعير أو الشاة بالسيف : فإن كان من قبل الحلقوم : أكل ، وإن كان من قبل القفا : فإن صار بحال لا يعيش قبل قطع الأوداج : لا يحل ، وإن كان بحال يعيش : يحل .

ويكره في حال الذبح أن يجرها برجلها إلى المذبح ، أو يضجعها ويحد الشفرة بين يديها .

ويكره أن يذبحها على وجه يبلغ النخاع ، وهو العرق الأبيض الذي في عظم الرقبة .

ويكره أن يسلخ قبل أن تموت ، لأن هذا زيادة ألم لا يحتاج إليه .

فإن نخع[1] أو سلخ قبل أن تبرد فلا بأس بذلك ، لأنه لم يوجد فيه ألم : ذكره الكرخي . وبعض المشايخ قالوا : يكره النخاع بعد الموت قبل ان يبرد ويكره السلخ .

وعن مجاهد[2] أنه قال: كره رسول الله ﷺ سبعة من الشاة المذبوحة : الذكر ، والانثيين ، والقبل ، والغدد ، والمثانة ، والمرارة ، والدم .

ثم أبو حنيفة فسر هذا وقال : الدم حرام للنص القاطع ، وأما الحكم في السبعة : فمكروه ، لأنه مما لا تستحسنه الأنفس ، وإنه أراد به الدم المسفوح ، فأما دم الكبد والطحال ودم اللحم : فليس بحرام .

---

(١) نَخَع الذبيحةَ جاوز بالسكين منتهى الذبح فأصاب نخاعها .

(٢) مجاهد بن جبير : تابعي . وهو إمام في الفقه والتفسير والحديث . سمع من الصحابة ابن عمر وابن عباس وأبا هريرة وعائشة وغيرهم ، ومن التابعين طاوساً وابن أبي ليلى وآخرين . توفي ، وهو ابن ثلاث وثمانين سنة ، سنة ١٠١ هـ ، وقيل سنة ١٠٠ وقيل سنة ١٠٢ ٧

وأما بيان ما يذكى به ـ وهو الآلة :

فعلى ضربين : آلة تقطع وآلة تفسخ .

فالآلة التي تقطع ـ على ضربين : حادة ، وكليلة :

فالحادة : يجوز الذبح بها ، حديدا كان أو غير حديد ، من غير كراهة .

والكليلة التي تقطع : يجوز الذبح بها ، مع الكراهة ، حديدا كانت أو غير حديد .

وأصله قوله عليه السلام : « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فهو ذكاة » .

وقال أصحابنا : إذا ذبح بظفر منزوع أو بسن منزوع : جاز ، مع الكراهة .

وقال الشافعي : لا يجوز .

وأما الآلة التي تفسخ ـ فهو نحو الظفر القائم والسن القائم : إذا ذبح به : لا يحل ، لأنه يعتمدعلى المذبوح من وجه ، فيختنق ويتفسخ ـ حتى قالوا : إذا كان الظفر طويلا ، فأخذ إنسان آخر بيده ، وذبح بظفره ، وأمر عليه كما يمر السكين : يحل ، لأنه لم يعتمد عليه حتى يكون فيه معنى التخنيق .

وأما بيان أهلية الذبح ـ فنقول :

يشترط أن يكون من أهل الملة التي يقر عليها ، ويعقل الذبح ، ويضبطه ، ويقدر عليه ـ لأنه إذا كان من أهل الملة، وهو عاقل ، فالظاهر أنه يأتي باسم الله تعالى عند الذبح ، وإذا لم يكن عاقلاً ، فإجراء اسم الله تعالى على لسانه وعدمه سواء ، ولهذا لا يصح الإسلام منه . والقدرة

على الذبح لا بد منها حتى يتحقق فعل الذبح على وجهه .

فيصح الذكاة من المسلم والكتابي إذا عقلا الذبح ، ولا يتركان التسمية عمدا ، سواء كان ذكرا أو أنثى ، صغيرا أو بالغا .

ولا يجوز ذبح المجوسي ولا المرتد . ولا ذبح الصبي والسكران والمجنون إذا لم يعقلوا ولم يضبطوا الذبح .

هذا الذي ذكرنا في غير الصيد ـ فأما في الصيد : فيشترط أن لا يكون محرما ، ولا الذبح بأمر المحرم ، ولا في الحرم ـ حتى لا يؤكل ما يذبح المحرم من الصيد ، أو يأمر به ، ولا ما يذبحه الحلال في الحرم من الصيد ، ويكون ذلك كالميتة . فأما ذبح المحرم لغير الصيد : فسبب الحل ، في الحل والحرم .

كتاب
الصيد

الاصطياد مباح في البحر في حق كـافة النـاس ، وفي البر في حق غـير المحرم على كل حال إلا في الحـرم ، وفي حق المحرم لا يبـاح في الحل ولا في الحرام .

وأصله قـوله تعـالى : ﴿ أحل لكم صيد البحر (الآيـة) ﴾[1]، ولأن الكسب مبـاح في الأصـل ، ومـا يصيـده قـد يؤكـل ، وقـد ينتفـع بجلده وبشعره ، ونحو ذلك .

ثم ما يباح أكله من الصيد المأكول ، بأخذ الجوارح والرمي وغير ذلك من فعل العباد ـ إذا مات قبل أن يقدر عليه ، له شرائط :

أحدها ـ أن تكون الآلة ، التي بهـا يصطاد جـارحة ، تجـرح الصيد ، وهو السهم والسيف والرمح والحيوان الذي له ناب أو مخلب فيجرح بـه ، فيموت ـ هذا هو الروايـة المشهورة . أمـا إذا لم يجرح الكلب أو البـازي : فلا يحل .

وروري عن أبي حنيفـة أن الكلب إذا خنق : يحـل . ولـو لم يخنقـه ولم يجرحه ولكنه كسره فمات ، ففيه روايتان .

ولـو أصـاب السهم ظلف الصيـد أو قـرنـه ، فـإن وصـل إلى اللحم فأدماه : أكل ، وإلا فلا .

---

(١) المائدة : ٩٦ .

واختلف المشايخ في الشاة إذا اعتلفت بالعُنّاب فذبحت ولم يسل منها الدم : فقال أبو القاسم الصفار[1]: لا يحل . وقال أبو بكر الإسكاف : يحل .

وهذا إذا مات بجرحه غالباً . فأما إذا وقع الشك : فلا يحل إذا كان يمكن الاحتراز عنه ، بأن رمى صيدا في الهواء فسقط على جبل ، أو سطح أو شجر ، أو على سنان رمح مركوز في الأرض ، أو على حرف آجرة أو صخرة ، أو في الماء ، ثم سقط على الأرض ـ لا يحل ، احتياطا لجانب الحرمة .

وإذا وقع على آجرة مطبوخة على الأرض ، أو على أرض صلبة ـ فالقياس أن لا يحل ، وفي الاستحسان : يحل ، لأنه لا يمكن الاحتراز عن الارض .

والثاني ـ أن يكون الحيوان الجارح معلّما ، لقوله تعالى ﴿ وما عَلَّمتم من الجوارح مُكَلِّبين ﴾[2] .

وتعليم ذي الناب أنه إذا أرسل يتبع الصيد ، وإذا أخذه أمسكه على صاحبه ولم يأكل منه شيئا .

وتعليم ذي المخلب أن يستجيب إذا دعي ، ويتبع الصيد إذا أرسل ، وإن أكل منه فلا بأس به .

ثم أبو حنيفة ، في ظاهر الرواية ، لا يوقت في التعليم ولكن ينبغي أن يقول أهل العلم بذلك إنه معلم .

---

(١) هو أحمد بن عصمة ـ اخذ عن نصير بن يحيى عن محمد بن سماعة عن أبي يوسف وكان إماماً كبيراً ـ إليه الرحلة ببلخ . تفقه عليه أبو حامد أحمد بن الحسين المروزي . ومات سنة ٣٣٦ هـ في السنة التي توفي فيها أبو بكر الإسكاف . وقيل مات سنة ٣٢٦ هـ .

(٢) المائدة : ٤ .

وروى الحسن عنه أنه قال : لا يأكل أول ما يصيد ولا الثاني ثم يؤكل الثالث وما بعده .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا صاد ثلاث مرات ولم يأكل فهو معلم .

ثم إذا صار معلما ، من حيث الظاهر ، وصاد به صاحبه ، ثم أكل بعد ذلك من صيد يأخذه ، فقد بطل تعليمه ، ولا يؤكل بعد ذلك صيده ، حتى يعلم تعليما ثانيا بلا خلاف .

فأما ما صاده قبل ذلك هل يؤكل جديده وقديمه ؟ عند أبي حنيفة : لا يؤكل لأنه ظهر أنه صار معلما . وعندهما : يحل، لأن العالم قد ينسى .

والثالث ـ أن لا يكون الحيوان الجارح الذي يصطاد به محرم العين ، كالخنزير ، فإنه ـ وإن كان معلَّماً ـ لا يحل صيده .

فأما ما سواه من الجوارح ، اذا علم يحل صيده ، كالفهد والأسد والذئب والنمر وابن عرس .

والرابع ـ أن يكون الإرسال ممن هو أهل للذبح ، لأن الإرسال والرمي بمنزلة الذبح ، فلا بد من أن يكون المرسل أهلا ، من مسلم أو كتابي ، مع سائر الشرائط .

والخامس ـ أن يكون الإرسال على ما هو صيد مشاهد معاين ، بأن رأى صيدا أو جماعة فرمى إليهم .

فأما التعيين فليس بشرط ، حتى إنه لو أصاب صيدا آخر سوى ما عاين ، يحل ، لأن الإرسال وجد إلى الصيد ، وفي التعيين حرج .

ـ ولو أرسل إلى ما ليس بصيد من الإبل والبقر والغنم أو الآدمي ، فأصاب صيدا ، لا يحل ، لأنه لم يوجد الإرسال إلى الصيد .

ـ ولو سمع حس صيد ، فظنه صيدا ، فأرسل عليه كلبه أو رمى

سهمه إليه ، فأصاب صيدا ، وبان له أن ما ظنه صيدا فهو غنم أو آدمي ، لا يحل ، لأنه ما أرسل إلى الصيد ، لكنه ظنه كذلك .

ـ ولو سمع حسا ، ولا يعلم أنه حس صيد أو آدمي فأرسل ، فأصاب صيدا ، لا يحل .

ـ ولو سمع حسا فظنه آدميا ، فرماه ، وأصاب الذي سمع حسه ، فإذا هو صيد ـ قالوا : يحل لأنه رمى إلى محسوس معين ، لكنه ظن أنه آدمي ، وقصد الآدمي ، فظهر أنه بطل قصده ، ولكن الرمي صادف محله ، وهو الإرسال إلى محسوس معين ، وهو الصيد ، فصح إرساله ، وتسميته ـ كمن أشار إلى امرأته وقال : « هذه الكلبة طالق » : تطلق ، وإن أخطأ الاسم .

ـ ولو ظن حس صيد ، فرماه أو أرسل ، فإذا هو حس صيد ، غير مأكول أو مأكول ، وأصاب صيدا آخر : يحل . وقال زفر : إن كان صيدا لا يؤكل لحمه : ولا يحل .ورورى عن أبي يوسف أنه قال : إن كان خنزيرا لا يحل خاصة . والصحيح قولنا ، لأن الصيد اسم للمأكول وغيره .

والسادس ـ أن يكون ، فور الإرسال ، باقيا ، ولا ينقطع إلى وقت الأخذ والإصابة ، حتى إنه إذا أرسل إلى صيد وسمى ، فما أخذ في ذلك الفور من الصيد فقتله ، يحل ، فإذا انقطع الفور ، بأن جثم على صيد طويلا ثم مر به صيد آخر ، فقتله لا يحل الثاني .

ـ وكذلك في الرمي إذا تغير ، بأن رمى إلى الصيد ، فذهب به الريح يمنه أو يسرة ، فأصاب صيدا : لا يحل .

ـ ولو أصاب السهم حائطا أو صخرة ، فرجع السهم ، وأصاب الصيد : فإنه لا يؤكل ، وهذا لأن الإرسال انقطع فاحتمل أنه حصل بقوة

غيره ، ولا يحل مع الشك .

فأما إذا مر على سننه[1] : فإن أصاب الحائط ، فلا بأس به .

ـ ولو أرسل رجلان كلبين ، أو رميا سهمين ، فأصابا معا صيدا ، فقتلاه ، فهو بينهما ، ولوجود السبب منهما جميعا . ولو سبق أحدهما ، فهو له ، لأن سبب الملك والذبح وجد منه سابقا ، وهو الإرسال بأثره ، فكان أولى .

والسابع ـ التسمية في حال الإرسال ، إذا كان ذاكرا لها ، لأن الإرسال والرمي ذبح من الفاعل ، تقديرا ، فيشترط التسمية عنده ، كما في الذبح ، الا أنه لا يشترط على كل صيد بعينه ، بخلاف الذبح ـ على ما مر .

والثامن ـ أن يلحقه المرسل ، والرامي ، أو من يقوم مقامهما ، قبل انقطاع الطلب أو التواري عنه ـ وهذا استحسان ، والقياس أن لا يحل ، لاحتمال أنه مات بسبب آخر ، لكن ترك القياس بالأثر والضرورة ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه .

فأما إذا قعد عن طلبه ثم وجده بعد ذلك ميتا : فلا يؤكل ، لأنه لا ضرورة .

وأصله ما روي عن ابن عباس أنه سئل عن ذلك فقال : « كُلْ ما أصميت ودع ما أنميت » ـ وقال أبو يوسف : الإصماء ما عاينه ، والإنماء ما توارى عنه .

والتاسع ـ أن لا يدرك ذبحة الاختيار بأن كان ميتا . فإن كان بحال لا يعيش ، ولم يذبحه : ففيه اختلاف ، بناء على مسألة المتردية والنطيحة

---

(١) أي مر في طريقه مستقيماً كما هو لم يتغير أي لم يرجع عن وجهه .

والموقوذة : إذا ذبحت هل تحل أم لا ؟ ـ وهي على وجهين : إن كان فيها حياة مستقرة : حلت بالذبح في قولهم جميعا . وإن كانت فيها حياة ولكنها غير مستقرة : تحل بالذبح عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : إن كان فيها من الحياة ما يعيش مثلها : تحل ، وإن كان لا يعيش مثلها : لا تحل .

وقال محمد : إن بقي حيا أكثر من بقاء المذبوح بعد الذبح : يحل

إذا ثبت هذا ففي هذه المسألة : إذا وجد حيا : تبطل الذكاة الاضطرارية عند أبي حنيفة وإن لم يكن فيه حياة مستقرة ، وعندهما : على الوجه الذي قلنا .

ولو أبان رأس الصيد وسمى ؛ يحل كله . ولو قطع عضوا منه سوى الرأس ، فمات: لم يؤكل العضو المبان . ويحل الباقي ـ لأن الأوداج تنقطع بإبانة الرأس ، فيكون ذبحا . وإذا قطع عضوا غيره ، لا يؤكل الجزء المبان ، لأن الموت حصل والجزء مبان ـ قال عليه السلام : « ما أبين من الحي فهو ميت » .

ولو قطع نصفين طولا أو عرضا : يحل أكله ، لأن الموت يحصل بهذا الفعل ، فيكون الكل مذكى ذكاة اضطرار .

وإن كان أحد النصفين أكثر : فإن كان مما يلي الرأس أقل : يؤكل كله ، وإن كان أكثر : أكل مما يلي الرأس ولا يؤكل ما سواه ، لأن الأوداج متصلة من القلب إلى الدماغ ، فمتى كان النصف الذي يلي الرأس أقل ، يكون ذكاة بقطع الأوداج ، ومتى كان أكثر كان ذكاة الاضطرار فيكون ذلك عند الموت ، فيكون الجزء الذي بان ، فات حياته قبل الذكاة ، فيكون ميتة .

ولو قطع أقل الرأس : لا يحل المبان ، ويحل الباقي ـ لأن هذا ذكاة الاضطرار ، فلا يحل المبان قبل الموت .

ولو بقي أقل الرأس وقطع الأكثر : يحل كله ، لأنـه صار ذكـاة بقطع العروق .

ولو قطع الرأس نصفين : فعلى قول أبي حنيفة ومحمد : يحـل كله وهو قـول أبي يوسف الأول ثم رجـع وقال : لا يحـل المبـان ، فكـان عنـده أن العروق متصلة بالنصف الـذي يلي البـدن ، وعندهما: متصلة بالـدماغ ، فتصير مقطوعة بقطع النصف .

كتاب
الأضحية

يحتاج إلى :

بيان أن الأضحية واجبة أم لا ؟

وإلى بيان شرائط الوجوب ،

وبيان شرائط الأداء ، وإلى بيان كيفية القضاء ،

وإلى بيان ما يجوز في الأضحية وما لا يجوز ، وإلى بيان ما يكره .

أما الأول ـ فنقول :

قال أصحابنا : إن الأضحية واجبةعلى المقيمين ، من أهل الأمصار والقرى والبوادي ، من الأعراب والتركمان .

وقال الشافعي : سنة ـ وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف .

وأجمعوا أنها لا تجب على المسافرين .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى :﴿ فصلِّ لربّك وانحر ﴾[1] ـ قال أهل التفسير : المراد منه صلاة العيد ونحر الأضحية ، والأمر للوجوب ، والنص ورد في حق المقيم ، لأن الخطاب للرسول عليه السلام ، وهو حكم لا يعرف بالقياس ، فلا يتعدى الى المسافر ، كما في الجمعة والعيدين .

---

(١) الكوثر : ٢ .

وأما شرائط الوجوب

فمنها ـ اليسار : وهو اليسار الذي تعلق به وجوب صدقة الفطر ، دون اليسار الذي تعلق به وجوب الزكاة على ما ذكرنا في كتاب الزكاة .

ومنها ـ الإسلام : لأنها عبادة وقربة .

ومنها ـ الوقت : فإنها لا تجب قبل أيام النحر . ولهذا لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لا تجب الأضحية لأجله ، ولو مات الولد في وسط أيام النحر لا تجب الأضحية ، لأن الوجوب يتأكد في آخر الوقت . وكذا كل من مات من أهل وجوب الأضحية ، لما ذكرنا .

وأما البلوغ والعقل ـ هل يشترط ؟ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف : ليس بشرط ، حتى تجب على الصغير ، إذا كان غنيا ، في ماله ـ حتى لو ضحى الأب أو الوصي من ماله : لا يضمن .

وعند محمد وزفر : لا يجب على الصغير ـ حتى يضمن الأب والوصي .

ولو كان مجنونا موسرا : تجب في ماله ، ويضحي عنه الولي ـ هذا هو المشهور ، كما في صدقة الفطر . وفي رواية فرق بين صدقة الفطر وبين الأضحية وقال : لاتجب الأضحية في ماله .

ولا خلاف بين أصحابنا أنه تجب الأضحية على الموسر بسبب أولاده الصغار ، دون الكبار ، بمنزلة صدقة الفطر ، إذا لم يكن للصغار مال ، لكن إذا ضحى من مال الصغير لا يتصدق به ، لأن الواجب هو الإراقة ، فأما التصدق باللحم فتطوع ، ومال الصغير لا يحتمل التبرع ، فينبغي أن يطعم الصغير ، ويدخر له ، أو يستبدل لحومه بالأشياء التي ينتفع بها الصغير ، مع بقاء أعيانها ، كما في جلد الأضحية .

وأما شرائط الأداء وكيفية القضاء

فمنها - وقت الفجر : فإنه لا يصح التضحية إلا في أيام النحر ، ولو ذهب الوقت تسقط التضحية . إلا أن في حق المقيمين في الأمصار يشترط شرط آخر : وهو أن يكون بعد صلاة العيد ، بالحديث ، حتى إن في حق أهل القرى تجوز التضحية في أول الوقت .

وإن دخل الرستاقي[1] المصر لصلاة العيد ، وأمر أهله بأن يضحوا عنه : لهم أن يضحوا عنه قبل صلاة العيد .

والمعتبر مكان الذبيحة لا مكان المذبوح عنه ، في ظاهر الرواية . وفي رواية : مكان المذبوح عنه ، وهو قول الحسن .

وكذلك إذا ترك الصلاة يوم النحر ، لعذر أو لغير عذر : يجوز أن يضحي بعد انتصاف النهار .

وفي اليوم الثاني والثالث ، سواء صلوا صلاة العيد أو لم يصلوا : لهم أن يضحوا قبل صلاة العيد ، لأن الترتيب في اليوم الأول ثبت ، بالحديث ، غير معقول المعنى ، فاقتصر عليه إذا صلى أو مضى وقت الصلاة .

ثم أيام النحر ثلاثة : يوم الأضحى وهو العاشر من ذي الحجة ، والحادي عشر ، والثاني عشر - يجوز التضحية في نهار هذه الأيام ولياليها ، بعد طلوع الفجر من اليوم الأول إلى غروب الشمس من اليوم الثاني عشر ، غير أنه يكره الذبح بالليل - وهذا عندنا .

وعند الشافعي : أربعة أيام وزاد اليوم الثالث عشر .

---

(١) الرستاقي نسبة الى الرستاق والرستاق معرب ويستعمل في الناحية التي هي طرف الإقليم والجمع رساتيق .

والصحيح قولنا ـ لما روي عن عمر وعلي وابن عباس وابن عمر وأنس رضي الله عنهم ، وغيرهم ، أنهم قالوا : « أيام النحر ثلاثة ، أفضلها أولها » ـ فإذا مضت هذه الأيام ، فقد فات الذبح في حق من لم يذبح ـ حتى لا يجوز له أن يذبح .

ثم إن كان أوجب شاة بعينها ، أو اشتراها ليضحي بها ، فمضت أيام النحر ، قبل أن يذبحها ، تصدق بها حية ، ولا ينقص منها شيئاً من الشعر واللبن ، ولا يأكل من لحمها ، لأنه انتقل الواجب من إراقة الدم الى التصدق .

وإن لم يوجب ، أو لم يشتر ، والرجل موسر ، وقد مضت أيام النحر ، فان عليه أن يتصدق بقيمة الشاة ، التي تجوز في الأضحية لما قلنا .

وأما بيان ما يجوز في الأضحية ، وما لا يجوز وما يكره :

وذلك أنواع :

منها :

أنه لا يجوز في الضحايا والهدايا إلا الثني من الإبل والبقر والغنم ، والجذع من الضأن خاصة إذا كان عظيما .

ثم الثني من الإبل عند الفقهاء ابن خمس سنين ، ومن البقر ابن سنتين ومن الغنم ابن سنة ، والجذع من الإبل ابن أربع سنين ، ومن البقر ابن سنة ، ومن الغنم ابن ستة أشهر ـ هكذا حكي القدوري .

وذكر الزعفراني في « الأضاحي » وقال : الجذع ابن سبعة أشهر أو ثمانية ، فأما ابن ستة أشهر فهو حَمَل .

ولا يجوز الحمل والجدي والعجل والفصيل في الأضحية .

ولا يجوز في الأضاحي شيء من الوحش ، لعدم ورود الشرع ، وإن

كان متولدا ، من الوحش والإنسى : فالمعتبر فيه جانب الأم .

والإبل والبقر يجوز من سبعة نفر على ما روى جابر أنه قال : نحرنا مع رسول الله ﷺ البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة .

ولا تجوز الشاة عن أكثر من الواحد ، وإن كانت عظيمة قيمتها قيمة شاتين ، لأن القربة إراقة الدم وذلك لا يتفاوت .

ولكن إنما يجوز بشرط أن يكون قصدهم من التضحية التقرب إلى الله تعالى ، سواء كان من نوع واحد ، كما إذا كانوا شركاء في الأضحية أو في الهدي ، أو من أنواع مختلفة بأن كان نوى أحدهم الأضحية والآخر الهدي والآخر دم الكفارة ونحو ذلك ، ولكن الأفضل أن تكون الشركة في نوع واحد . فأما إذا كان أحد الشركاء أراد بالذبح اللحم لا التقرب ، أو كان أحدهم ذميا ـ لم يقع عن الأضحية ، لأنها مما لا يتجزأ ، فإذا لم يكن البعض قربة بطل الكل .

والنوع الثاني : ما لا يجوز بسبب العيب ، وما يكره ـ فنقول : العيب القليل لا يمنع والكثير يمنع : فذاهبة العين الواحدة ، وهي العوراء ، ومقطوعة الأذن الواحدة ، ومقطوعة الإلية والذنب ـ كلها لا تجوز .

فأما إذا كان الذاهب بعض بصر العين ، أو بعض الأذن الإلية والذنب ـ ففيه ثلاث روايات :

في ظاهر الرواية : الثلث وما دونه قليل ، وما زاد عليه فهو كثير .

وفي رواية : الثلث وما زاد فهو كثير ، وما دون الثلث قليل .

وفي رواية أبي يوسف ـ وهو قوله : النصف وما زاد فهو كثير ، وما دون النصف قليل .

ولا يجوز السَّكاء التي لا أذن لها في الخلقة ، وإن كانت صغيرة : يجوز .

والهتماء التي لا أسنان لها : لا يجوز ، فإذا كانّ لها بعض الأسنان : فإن كانت لا تعتلف ويصب في حلقها : لا يجوز ، وإن كانت تعتلف : يجوز .

والعجفاء التي لا تنقى : لا يجوز .

وكذلك العرجاء التي لا تمشي إلى المنسك ، وإن كانت تقدر على المشي مع العرج : جاز .

والثولاء وهي المجنونة : جاز .

وكذا الجرباء السمينة : جاز .

وكذلك الخصي : جاز ، وعن أبي حنيفة : إنه أحب إليّ ، لأنه أطيب لحما .

وما جاز مع العيب : فهو مع الكراهة ، وإنما المستحب هو السليمة عن العيوب الظاهرة .

ولو اشترى سليمة للأضحية ، أو أوجب على نفسه ذبح شاة بعينها ، ثم ظهر بها عيب يمنع عن الجواز ، يوم النحر ، فإنه لا يجوز ، لأن العبرة لوقت الذبح ، لكن إذا اعترضت آفة عند الذبح ، بإصابة السكين عينها ونحو ذلك : فلا بأس به ، لأنه من ضرورات الذبح - وهذا في حق الموسر ، لأنه وجب عليه أضحية كاملة بإيجاب الله تعالى .

فأما إذا كان معسرا اشتراها للأضحية ، أو أوجبها بعينها ، ثم اعترضت آفة مانعة عن الجواز : يجوز له أن يضحي بها ، لأنها معينة في حقه ، ففوات بعضها كفوات كلها ، حتى لا يجب عليه شيء ، لكونها

معينة ـ حتى لو أوجب الفقير أضحية بغير عينها ، فاشترى صحيحة ثم تعيبت قبل الذبح بعيب مانع ، فضحى ، لا يسقط عنه الواجب ، لما قلنا .

ولو ذبح إنسان أضحية صاحبه ، بغير أمر ، جاز ، من صاحبه استحسانا

وكذلك لو غلطا ، فضحى كل واحد منهما أضحية صاحبه ، لأن الإذن ثابت من حيث العادة ، دلالة ، ويترادان اللحم ، فإن جواز ذلك لصاحبه بالإذن ، فإن لم يرض كل واحد منهما بفعل صاحبه ، صريحا ، يكون أضحيةكل واحد ما ضحى بنفسه، وجاز عنه ، ويضمن لصاحبه ، وصار غاصبا له بالأخذ ويصير مالكا سابقا على الذبح ، فيصير مضحيا ملك نفسه ، فجاز .

وكذا من غصب شاة إنسان ، وضحى بها : يضمن قيمتها ، وتجوز عن أضحيته ، في الرواية المشهورة ، لما ذكرنا ـ بخلاف المودع : إذا ذبح الشاة الوديعة وضمن ، لا يجوز ، لأنها لم تكن مضمونة وقت الذبح ـ لهذا افترقا .

ويكره له أن يحلب لبن الأضحية ، وأن يجز صوفها قبل التضحية ، لأنها من أجزاء الأضحية ، ولو فعل يتصدق بها . ولو باع شيئا منها يتصدق بثمنها .

وأما بعد الذبح فلا بأس بذلك .

ولو ولدت ـ قالوا يذبح ولدها معها . وقال بعضهم بأنه لا يذبح ، ولكن يتصدق بالولد ، لأنه ليس بمحل للأضحية .

وللمضحي أن يأكل من أضحيته : إن شاء كلها ، وإن شاء أطعم الكل، والأحب أن يتصدق بالثلثين ويأكل الثلث إن كان موسرا . وإن

كان ذا عيال ، وهو وسط الحال في اليسار ، فله أن يتوسع بها على عياله ، ويدخر منها ما شـاء ، وينتفع بجلدهـا وشعرهـا ، وله أن يستبـدلها بشيء ينتفع بعينه ، كالجراب والمنخل والثوب .

ولـو باع ذلـك أو باع لحمهـا : فإنـه يجوز بيعـه ، ولا ينقض البيع في جواب ظاهر الرواية ، لكن يتصدق بالثمن ، وعلى قول أبي يوسف : لـه أن ينقض البيع ، لأنه بمنزلة الوقف عنده في قول .

كتاب الغصب

مسائل الغصب تبتنى على : معرفة حد الغصب ، وبيان حكمه .

أما حد الغصب الموجب للضمان ـ فنقول :

هو إزالة يد المالك ، أو صاحب اليد ، عن المال ، بفعل في العين ، فأما إثبات اليد على مال الغير ، على وجه التعدي ، بدون إزالة اليد : فيكون غصبا موجبا للرد ، لا موجبا للضمان ـ وهذا عندنا .

وقال الشافعي : حده إثبات اليد ، على وجه التعدي .

ولهذا قلنا : إن من سكن دار غيره ، بغير إذنه ، وأخرج صاحبها عنها لو كان فيها ، أو زرع أرض غيره ، بغير إذنه : يكون غصبا موجبا للرد ، ولا يكون موجبا للضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

وعلى قول محمد والشافعي : يجب الضمان لو خربت الدار ، أو غرقَ العقار ـ والمسألة معروفة .

ولو استخدم مملوكَ رجلٍ بغير إذنه ، أو بعثه في حاجة ، أو ركب دابته ، أو حمل عليها شيئا ، فهلكت : فهو ضامن ـ لما قلنا .

وإن لم ينقل شيئا مما يحتمل النقل ، كما إذا جلس على بساط الغير : لا يضمن .

ولهذا قلنا : إن زوائد الغصب ، متصلة كانت أو منفصلة ، من الولد

واللبن والصوف والسمن : لا تكون مغصوبة ، خلافا للشافعي ، لعدم إزالة اليد .

ولو جاء المالك وطلب الزوائد ، فمنعها : يضمن بالإجماع .

فأما لو باعها وسلمها إلى المشتري :

ففي المنفصل : المالك بالخيار : إن شاء ضمن البائع ، وإن شاء ضمن المشتري ، قيمته ، يوم البيع والتسليم .

فأما في الزوائد المتصلة : فللمالك أن يضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب ، وليس له أن يضمنه قيمة الزوائد يوم البيع ـ إنما له أن يضمن المشتري قيمة المغصوب مع الزوائد المتصلة يوم القبض بالشراء ـ وهذا قول أبي حنيفة ، وعلى قولهما : له أن يضمن البائع أو المشتري ، قيمته ، يوم البيع والتسليم ، مع الزوائد .

وكذلك الخلاف في إتلاف الزوائد المتصلة في غير الأدمي ـ هذا هو الصحيح .

وأما في القتل : فله الخيار بين أن يضمنه بالغصب يوم الغصب ، وبين أن يضمنه بالقتل ـ والمسألة معروفة .

ولهذا قلنا : إن المنافع لا تضمن بالغصب والإتلاف ، خلافا للشافعي .

وصورة الغصب أن يحبس عبد إنسان ، بغير إذن مالكه ، شهرا ، ولم ينتفع به ، وكذا الدواب .

وصورة الإتلاف أن يغصب عبدا أو دابة وانتفع بها ـ والمسألة معروفة .

ولهذا ـ لو أجر المغصوب من إنسان شهرا وأخذ الأجرة فإن الأجرة

ملك الغاصب دون المالك ، لأن المنافع تحدث في يد الغاصب

وأما حكم الغصب

فمن حكمه ـ وجوب رد العين المغصوبة ـ ما دامت قائمة من غير نقصان ـ لقوله عليه السلام : «على اليد ما أخذت حتى ترد» .

ومن حكمه أيضاً ـ وجوب ضمان النقصان إذا انتقص .

ثم لا يخلو : إما أن يكون النقصان بسبب تراجع السعر ، أو بفوات جزء من العين ، أو بفوات وصف أو معنى مرغوب في العبد تزداد قيمته به .

أما النقصان بسبب السعر ـ فغير مضمون في الغصب ، لأنه فتور يحدثه الله تعالى في قلوب العباد ، لا معنى يرجع إلى العين . ولهذا لا يعتبر في الرهن ، والمبيع إذا كان في يد البائع : حتى لا يسقط الدين بقدره ، ولا يثبت الخيار للمشتري ، لما قلنا .

وأما النقصان الذي يرجع إلى العين أو الوصف ـ فلا يخلو : إما إن كان في أموال الربا كالمكيل والموزون الذي لا يجوز بيع البعض بجنسه متفاضلا ، أو في غير ذلك .

فإن كان في أموال الربا ـ بأن غصب حنطة ونحوها فصب فيها ماء ، أو غصب دراهم أو دنانير فانكسرت في يده وصارت قُرَاضَة[1]: فصاحبه بالخيار : إن شاء أخذه ولا شيء له غير ذلك ، وإن شاء تركه وضمنه مثله وزنا ولا يضمن نقصان الضرب .

ـ وإن كان إناء فضة فهو بالخيار أيضا : إن شاء أخذه ولا شيء له غير ذلك ، وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب .

---

(١) قَرضَه يقْرِضه قطعه . والقُراضة بالضم ما سقط بالقَرْض .

ـ وإن كان الإناء من الذهب : إن شاء أخذه مهشوما ، وإن شاء ضمنه قيمته من الفضة ، لأن الصياغة متقومة ، لحصولها بصنع العباد ، ولا يمكن تضمينه بجنسه ، لأنه يؤدي إلى الربا ، فيضمن بخلاف جنسه ، حتى لا يفوت حقه .

ـ وكذلك آنية الصُّفْر والنحاس والشَّبَه ، إن كان يباع وزنا ، لأنه يدخلها الربا . فأما إذا كان يباع عددا لم يكن من مال الربا .

فأما إذا كان التآلف ليس من أموال الربا ـ فنقصان الجزء من العور والشلل ، ونقصان الوصف كذهاب البصر والسمع ، أو ما يفوت به من معنى من العين كنسيان الحرفة ونحوه ، أو حدث به عيب ينقص قيمته كالإباق والجنون والكبر في العبد والجارية : فمضمون عليه .

أما نبات اللحية في الغلام الأمرد فليس بنقص ـ فيقوم العبد صحيحا لا عيب فيه ولا نقص ، ويقوم وبه العيب والنقص فيضمن قدر ذلك لصاحبه ، لأنه فات حقه .

وعلى هذا ـ إذا غصب عصيرا فصار خلا ، أو عنبا فصار زبيبا ، أو لبنا فصار رائبا ، أو رطبا فصار تمرا ـ فصاحبه بالخيار : إن شاء إخذه عينه ولا شيء له ، وإن شاء ضمنه مثله وسلم له ذلك كله لأنه من أموال الربا .

ـ وإن كان تبر ذهب أو فضة ، فصاغ منه إناء أو حليا أو دراهم أو دنانير : فإنه يأخذ ذلك كله في قول أبي حنيفة ولا يعطيه لعمله شيئا . وعندهما : لا سبيل له على المصوغ . وعليه مثله ـ فعند أبي حنيفة : هذا الوصف لا قيمة له في ماليةالعين، لأنه لا يزيد في العين ، بخلاف الصنعة في غير أموال الربا .

ـ ولو غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه فهو بالخيار : إن شاء أخذه ناقصا

مقطوعا وضمنه ما نقص بالقطع ، وإن شـاء تركـه وضمنه قيمـة الثوب ، يوم غصبه ، لأنه فوت عليه منفعة معتبرة ، وهو ليس من أموال الربا .

ـ وكذلك إذا غصب شاة ، فذبحها ، ولم يشوها : فله الخيار بـين أن يأخذ الشاة وأخذ قيمـة ما نقصهـا ، وإن شاء تـركها وأخـذ قيمتها منـه . وروي عن أبي حنيفـة أن المالـك بالخيـار : إن شـاء أخـذهـا ولا شيء لـه غيرها ، و إن شاء تركها وضمنه قيمتها يوم غصبها ، لأن الذبح زيادة .

فأما إذا زاد المغصوب سمنا ، فنفقة الغاصب ، أو كان مريضا فداواه حتى صح ، أو كان زرعا أو أشجارا فسقاها حتى نما وانتهى فإنه يأخـذه ، ولا شيء عليه بسبب الزيادة ، لأن ذلك لم يحصل بفعله .

أما إذا كان زيـادة حصلت بفعله ظاهـرا ـ فهي أنواع : نـوع منه مـا يكون استهلاكا للعين معنى ، ونوع هو استهلاك من وجه .

والجواب في الفصلين واحد : في أنـه ينقطع حق المـالك عن العين ، ويصير ملكا للغـاصب ، ويضمن الغاصب مثله أو قيمتـه . ولكن يختلفان في أحكام أخر حتى إن الزيادة في الثمن والمثمن لا تجوز في الفصل الأول ، لصيرورة المبيع هالكا ، وتجوز في الفصل الثاني ـ وهذا عندنا .

وعند الشافعي : تكون الزيـادة ملكا للمـالك ، ولا ينقـطع حقه عن العين بالضمان .

أمـا نظير الاستهـلاك فبأن كـان حنطة فـطحنها الغـاصب ، أو بيضـا فخضبه ، أو دقيقا فخبزه ، أو قطنا فغزلهـا ، أو غزلا فنسجـه ، أو سمسما فعصره ، أو حنطة فزرعها .

ونظير الفصل الثاني ـ أن قطع الثوب قميصا أو قباء فخاطبـه ، أو كان

لحما فشواه أو غصب ساجة[1] فأدخلها في بنائه ، أو لبنا أو آجرا فجعلها في أساس حائطه ، أو غصب فسيلا[2] فكبر ، ونحو ذلك .

ثم هذه الزوائد التي صارت ملكا للغاصب : لا يباح له الانتفاع به ، وعليه أن يتصدق لأنه حصل بسبب خبيث .

ولو باع أو وهب : يجوز ، لكونها ملكاً له .

وروي عن أبي يوسف وزفر أنه يباح له الانتفاع بها إلا أن عند أبي يوسف بعد إرضاء صاحبه بأداء الضمان ، وعند زفر كيفما كان .

وما قالا قياس ، وجواب ظاهر الرواية استحسان .

ونوع آخر : ما هو زيادة في العين وليس بإتلاف من وجه ، وهو الصبغ : إذا صبغه أصفر أو أحمر أو أخضر ونحوها ، فأما إذا صبغه أسود : فهو نقصان عند أبي حنيفة ، وعندهما زيادة .

ثم الجواب في الصبغ الذي هو زيادة أن صاحب الثوب بالخيار : إن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمته أبيض ، وإن شاء أخذه مصبوغا وضمن له ما زاد الصبغ فيه .

ـ ولو غصب صبغ إنسان فصبغ به ثوبه : فعليه مثله ، والثوب المصبوغ له .

ـ ولو وقع ثوب رجل في صبغ إنسان ، فانصبغ : فصاحب الثوب بالخيار : إن شاء أخذه وأعطى ما زاد فيه الصبغ . وإن شاء يبيع الثوب فيأخذ رب الثوب من الثمن قيمة ثوب أبيض ، ويأخذ صاحب الصبغ

(١) الساجة مفرد ساج وهو ضرب عظيم من الشجر لا ينبت إلا بالهند ويجلب منها ، وقال الزمخشري : الساج خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه . وقال بعضهم : الساج يشبه الأبنوس وهو أقل سواداً منه .

(٢) الفسيل صغار النخل .

قيمة صبغه في الثوب للحال ، لأن الصبغ ينقص ولا صبغ له فيه .

ـ فأما إذا قصر الثوب المغصوب : فيأخذ ه صاحبه ، ولا شيء عليه لأنه ليس فيه زيادة في الثوب .

ـ ولو غصب خمر مسلم ، فخلله : لا ينقطع حق المالك ، وله أن يأخذه ، لأنه ليس فيه مال قائم .

ـ ولو استهلك الغاصب الخل : فإنه يضمن خلا مثله .

ـ ولو غصب عصير مسلم فتخمر عنده : يضمن قيمة العصير ، لأنه صار مستهلكا في حق المسلم معنى .

ـ ولو غصب خمر مسلم ، فاستهلكه : لا ضمان عليه ، لأنه لا قيمة لها .

ـ ولو استهلك خمر ذمي أو غصب، فهلكت عنده : يضمن قيمتها .

ولو أتلفها الذمي : يضمن مثلها ـ وهذا عندنا . وعند الشافعي : لا يضمن .

ـ وكذا إذا أتلف الخنزير : فهو على هذا الاختلاف ـ والمسألة معروفة .

ـ ولو غصب جلدا فدبغه : فإن كان جلدا لمذكى ودبغه بما لا قيمة له ، مثل الماء والتراب : فلصاحبه أن يأخذه ولا شيء عليه ، لأنه ليس فيه عين مال من جهة الغاصب بل هو بمنزلة الغسل .

وإن دبغه بما له قيمة ، مثل العَفْص والقَرَظ : فصاحبه بالخيار : إن شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ ، وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه ، لأن له فيه عين مال قائم ، فصار كالصبغ في الثوب .

وإن كان جلد ميتة ، أخذه من بيت صاحبه . فدبغه بما ليس له

قيمة : فلصاحبه أخذه بلا شيء . وإن دبغه بما له قيمة : فلصاحبه أن يأخذه ، ويغرم له ما زاد الدباغ فيه ، لأن الجلد صار مالا ، بمال الغاصب ، وهو عين قائم .

ولو هلك عند الغاصب : لا ضمان عليه ، بالإجماع ، لأن الدباغ ليس بإتلاف .

فأما إذا استهلكه : فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن قيمة الجلد مدبوغا ، وينقص عنه ما زاد الدباغ فيه ـ والمسألة تذكر في الخلافيات .

ـ **وأما إذا أتلف الغاصب المغصوب على وجه لا يبقى منتفعا به ، أو هلك على وجه لا ينتفع به** ، بأن احترق ونحوه ، ينظر : إن كان مثليا : يضمن مثله ، وإن لم يكن مثليا : يلزمه قيمته يوم الغصب ، لأنه صار متلفا من ذلك الوقت . ومتى ضمن واختار المالك الضمان ، فإنه يملك المغصوب من وقت الغصب بطريق الظهور ، أو بطريق الإسناد على حسب ما قيل فيه ـ وهذا عندنا .

وعند الشافعي : لا يملك .

ـ وكذلك إذا أبق العبد لم يعرف قيامه بتصادقهما ، أو قامت البينة على الموت : فهو على هذا الخلاف .

ولو ظهر حيا : لا يعود : ملك المالك فيه ، عندنا ـ خلافا للشافعي .

ولقب المسألة : المضمونات هل تملك بأداء الضمان أم لا ـ وهي مسألة معروفة .

ولو أنه **هلك المغصوب** المثلي أو انقطع المثلي عن أيدي الناس ، واختصما في حال انقطاعه ، فإن القاضي يقول له : إن شئت تربص حتى

تـأخذ مثـل حقك في أوانـه ، وإن شئت تأخـذ القيمة ، فـإن اختـار أخـذ القيمة كيف يحكم بذلك ؟ قال أبو حنيفة يحكم عـلى الغاصب بقيمتـه يوم الخصومة . وقال أبو يـوسف : يوم الغصب . وقـال محمد : يحكم بقيمتـه عند آخر انقطاعه .

والصحيـح قول أبي حنيفـة ، لأنـه حقـه عن العـين إنمـا ينقـطع يـوم الخصومة ، حيث اختار القيمة ، فيجب اعتبار القيمة في هذا الوقت .

ولـو غصب جـاريـة ، فـولـدت عنـد الغـاصب ولـدا ، وانتقصت بالولادة ، فردها على المالك ـ هل يضمن نقصان الولادة ؟

إن كان في الولد وفاء به ، أو قيمته أكثر : فإنـه ينجبر النقصـان به ، وعليـه أن يرد الجـارية مـع الولـد ، ولا يضمن النقصـان عنـد أصحـابنـا الثلاثة ، وعند زفر : يضمن .

وإن لم يكن في الولد وفاء به : أو قيمتـه أكثر : فـإنه ينجبـر النقصان به ، وعليه أن يرد الجارية مع الـولد ، ولا يضمن النقصـان عند أصحـابنا الثلاثة ، وعند زفر : يضمن .

وإن لم يكن في الولد وفاء به : فإنه ينجبر بقدره ،ويضمن الباقي .

ولـو مـاتت من الـولادة ، وبقي ولـدهـا : فـإنـه يضمن قيمتهـا يـوم الغصب ، ولا ينجبـر النقصان ، بـالولـد ، في ظاهـر الروايـة . وفي رواية أخرى : ينجبر .

ولو هلك الولد قبل الـرد : يجب عليه نقصـان الولادة ، وجعـل كأن الولد لم يكن .

هذا إذا كان الحبل عند الغاصب من الزنـا . فأمـا إذا كان الحبـل من المولى أو من الزوج : فإنه لا يضمن الغـاصب ، وإن ماتت الجـارية ، لأن

التلف حصـل بسبب من جهة المـولى ، فصار كـما لـو قتلهـا المـولى في يـد الغاصب . والله أعلم .

كتاب
الديات

يحتاج إلى :

بيان القتل الموجب للقصاص ، والقتل الموجب للدية .

وإلى بيان مقدار الدية ، وكيفيتها : في النفس وما دون النفس ، وعلى من تجب .

أما بيان الأول ـ فنقول :

إن الجناية على الآدمي نوعان : في النفس ، وما دون النفس . وكل واحد منها على نوعين : موجب للقصاص ، وموجب للمال .

أما الجناية في النفس الموجبة للقصاص :

فنوع واحد ، وهو القتل العمد ، الخالي عن الشبهة ـ لقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾[1] وقوله عليه السلام : « العمد قَوَد »[2] وهذا عندنا .

وقال الشافعي : في قول : يجب به أحدهما : إما القتل أو الدية ، والخيار إلى الولي ، وفي قول : الواجب هو القصاص عينا ، لكن للولي حق العدول الى المال ، من غير رضا القاتل .

---

(١) البقرة : ١٧٨ .

(٢) القَوَدَ القصاص يقال : استقدمت الأمير من القاتل فأقادني منه أي طلبت منه أن يقتله ففعل . وأقاد فلانا بفلان قتله به .

ولا خلاف أنه إذا لم يقدر على استيفاء القصاص من كل وجه ، فإن له حق العدول إلى المال ـ فإن من قطع يد إنسان ويد القاطع شلاء أو منقوصة بإصبع ، أو شج رأس إنسان ورأس الشاج أصغر أو أكبر ، فإنه لا يجب القصاص عينا ، بل الولي بالخيار في ذلك ـ والمسألة معروفة .

وكذلك إذا تعذر استيفاء القصاص لمعنى : فإنه يجب المال ـ حتى إن القصاص إذا كان مشتركا بين رجلين فعفا أحدهما : فإنه ينقلب نصيب الآخر مالا .

وكذلك الخاطىء مع العامد ، أو الصغير والكبير ، أو المجنون والعاقل ـ إذا اشتركا في القتل ، وتعذر استيفاء القصاص في حق أحد الشريكين : فإنه يجب المال عليهما ، نصفين .

وأما الأب والأجنبي إذا اشتركا في قتل الابن : فلا يجب القصاص على الأب بالإجماع ، ولا يجب على الشريك عندنا ـ ولكن يجب المال ، وعند الشافعي : يجب القصاص على الأجنبي ـ والمسألة معروفة .

ولو وجد القتل العمد من الجماعة في حق الواحد : فإنهم يقتلون به ، بالإجماع ـ قال عمر رضي الله عنه : « لو اجتمع أهل صنعاء على قتله لقتلتهم به » .

وأما الواحد إذا قتل جماعة : فإنه يقتل ، ولا يجب شيء من الدية .

وعند الشافعي : يجمع بين القتل والدية ، فيكون القتل بمقابلة الواحد ، وتجب الدية في حق كل واحد من الباقين ـ والمسألة معروفة .

ولو قطع جماعة يد واحد : لا تقطع أيديهم بها ، ولكن يجب عليهم دية اليد .

وأما الواحد إذا قطع يد جماعة : فإنه تقطع يده ، ويجب عليه الدية في الباقين .

وعند الشافعي : الأيدي تقطع بيد واحدة ـ والمسألة معروفة .

ولهذا قلنا : إن الحر يقتل بالعبد ، خلافا للشافعي . والعبد يقتل بالحر ، بالإجماع ، ويجري القصاص بين الصغير والكبير والذكر والأنثى ، والمسلم والذمي ، في النفس ، لما تلونا من النص ـ خلافا للشافعي .

وأجمعوا أن المسلم لا يقتل بالمستأمن. وكذلك الذمي .

وأما المستأمن هل يقتل بالمستأمن ؟ فيه روايتان .

ولو قتل إنسان رجلا عمدا ، **فحق استيفاء القود** إلى الولي الكبير إن كان واحدا ، ولو كانوا أكثر : فللكل .

فأما إذا كان الكل صغارا : فقد اختلف المشايخ فيه : بعضهم قالوا : الاستيفاء إلى السلطان ، وبعضهم قالوا : ينتظر إلى بلوغهم أو بلوغ أحدهم .

أما إذا كان البعض كبارا والبعض صغارا : فقد قال أبو حنيفة : للكبير ولاية الاستيفاء ـ وعلى قولهم : يؤخر إلى وقت بلوغ الصغار ـ والمسألة معروفة .

وأما اللقيط إذا قتل عمدا : فولاية استيفاء القصاص إلى السلطان عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : لا يستوفى ، ولكن تجب الدية ـ وهي مسألة كتاب اللقيط .

وأما القتل الموجب للمال :

فأنواع : عمد محض فيه شبهة ، وشبه العمد ، وقتل الخطأ ، والقتل بطريق التسبيب .

أما الأول :

فما ذكرنا من قتل المستأمن ونحوه .

وعلى هذا قال أبو حنيفة ؛ من له القصاص في الطرف إذا استوفى الطرف ، وسرى إلى النفس ، ومات ـ لا يجب القصاص ، لأجل الشبهة ، وتجب الدية ، وعلى قولهم : لا يجب شيء .

وأجمعوا أن الإمام إذا قطع يد السارق ، أوالبزاغ[1] ، أو الختان ، والفصَّاد ، والمأمور بقطع اليد : إذا سرى فعلهم ، لا يجب عليهم شيء ـ وهي تعرف في الخلافيات .

ولهذا قال أبو حنيفة : من له القصاص في النفس إذا استوفى في الطرف ، ثم عفا عن النفس ،وبرأ[2]، لا يقطع طرفه ، ولكن يجب أرش اليد عند أبي حنيفة ، وعندهم : لا يجب شيء .

ولو سرى إلى النفس : لا يجب شيء .

وعلى هذا قال أبو حنيفة : من شج رأس إنسان ، فعفى عنها ، ثم سرى إلى النفس : تجب الديةدون القود. وقالوا : لا يجب شيء .

ومن قال لغيره : « اقتلني » ـ فقتله عمدا أو خطأ ، تجب الدية دون القود ، في ظاهر الرواية . وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء .

ولو قال : « اقتل عبدي » ـ فقتله ، لا يجب شيء ، لأنه أمره فيما هو حقه .

ولو قال له : « اقتل ولدي » ولا وارث له سوى الأب ، فقتله : يقتل القاتل لأنه لا حق له في دم ولده ، بخلاف نفسه ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال : تجب الدية ، استحسانا .

---

(١) البزاغ الحاجم وهو من يشرط ويسيل الدم .

(٢) أي طرف المقتص .

ولو عفا المجروح عن الجراحة ، ثم مات منه ـ صح عفوه ، استحسانا .

وكذلك الوارث : إذا عفا قبل موت المجروح ، يصح العفو ، استحسانا ، لأن له حقا .

ولو قال الرجل : « اقتل أخي » ، وهو وارثه ، فقتل ، لا يجب القود ، استحسانا ، وتجب الدية ، وعند زفر : يقتل ـ ولهذا نظائر .

وأما الثاني :

فهو القتل بآلة لم توضع له ، ولم يحصل به الموت غالبا ، مثل السوط الصغير ، والعصا الصغيرة : فإنه يوجب المال ، دون القصاص ـ بالإجماع .

فأما القتل بالعصا الكبيرة ، وبكل آلة يحصل بها الموت غالبا ، لكنها لا تجرح : فعند أبي حنيفة : هو شبه العمد ، لا يوجب القود . وعندهما : يوجب القود ـ وهو قول الشافعي .

وعلى هذا : إذا ضرب بالسوط الصغير ، ووالى في الضربات ، حتى مات : لا يجب القود عند أبي حنيفة ، وعندهم : يجب ـ والمسألة معروفة .

وأما القتل الخطأ :

فهو أن يرمي سهما إلى صيد فأصاب آدميا ، أو أراد أن يطعن قاتل أبيه فتقدمه رجل ، فوقع فيه ، ونحو ذلك .

وهو موجب للمال ، دون القصاص ، بالإجماع ـ لقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾[1] .

---

(١) سورة النساء : ٩٢ .

وأما القتل بطريق التسبيب :

فنحو من حفر بئرا على قارعة الطريق ، فوقع فيه إنسان ، ومات ـ فإنه يجب عليه الدية، دون القصاص ، بالإجماع ؛ لأنه مسبب للقتل ؛ وليس بمباشر ، لأن الحفر ليس بقتل .

وعلى هذا ـ شهود القصاص إذا رجعوا : لا يجب عليهم القصاص ، ولكن تجب عليهم الدية ، عندنا ، خلافا للشافعي ، لأنه لم يوجد منهم القتل مباشرة ، وإنما وجد منهم سبب القتل .

وأما بيان حكم ما دون النفس ـ فنقول :

كل ما يمكن فيه القصاص ، وهو الفعل العمد الخالي عن الشبهة ، فإنه يوجب القصاص . وكل ما لا يمكن فيه القصاص، وهو الفعل الخطأ وما فيه شبهة : ففي بعض الأعضاء تجب دية كاملة ، وفي بعض الأعضاء يجب أرش مقدر ،وفي البعض تجب حكومة العدل ـ فنقول :

لا خلاف بين أصحابنا انه لا يجري القصاص فيما دون النفس بين العبيد ، ولا بين الأحرار والعبيد ، ولا بين الذكر والأنثى ـ لأن القصاص فيها مبني على التساوي في المنافع والأروش ، ولا مساواة بين هؤلاء في منافع الاطراف والأروش ،ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا بمنقوصة الأصابع . وكذا لا تقطع اليمنى إلا باليمنى ، ولا اليسرى إلا باليسرى .

وكذلك في أصابع اليدين والرجلين : يؤخذ إبهام اليمنى بإبهام اليمنى ، والسبابة بالسبابة ، والوسطى بالوسطى ،ولا يقطع الأصابع إلا بمثلها من القاطع .

وكذا لا تؤخذ العين اليمنى باليسرى ، ولا العين اليسرى باليمنى .

وكـذلك في الأسنـان : الثنية بـالثنية ، والنـاب بـالنـاب ، والضـرس بالضرس ، ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ، ولا الأسفل بالأعلى ، لما ذكرنا من التفاوت في المنافع : وإنما يجري القصاص فيما يمكن فيه التسـاوي ، لا فيما لا يمكن .

ولهذا ـ لو قطع الكف من المفصل أو من المرفق أو من الكتف : يجب القصاص . ولو قطع من الساعد أو من العضد : لا يجب ، لأنـه لا يعرف التساوي . وكذلك كل ما كان في غير المفاصل .

وكذلك في الأسنـان : إذا قلع أو كسر: يجب القصاص :فيقلع سن القالع ، ويكسر ، بقدره بالمبرد .

وأما العين إن قورت : فلا يمكن القصـاص فيها : فـإن كانت العـين قائمة وذهب ضوءها : فـالقصاص ممكن ، بـأن يجعل عـلى وجهه القـطن المبلول وتحمى مرآة وتقرب من عينه حتى يذهب ضوءها .

وروي عن أبي يوسف أنه لا يجب القصاص في الأحول ، لأن الحـول نقص في العين والمماثلة شرط .

وفي الأذن إذا قطعت كلها ، أو بعضاً معروفاً ـ يقتص .

وأجمع أصحابنا على القصاص في الحشفة والمارن[1] .

واختلف أبو يـوسف ومحمد في الأنف والـذكر واللسـان إذا استـوعب كـل واحد منهما : فعند أبي يـوسف : يجب القصاص ، وعنـد محمد : لا يجب . وإنمـا يريـد بقطع الأنف كـل المـارن ، فـأمـا قصبـة الأنف فعـظم وأجمعوا أنه لا يجب القصاص في العظم ، لعدم الإمكان .

وفي حلق اللحية ، والرأس ، والحـاجب ، والشارب إذا لم ينبت : لا

---

(١) المارن مادون قصبة الأنف وهو ما لان منه .

يجب القصاص ، وروي في النوادر أنه يجب القصاص .

وأما في الشجاج فلا خلاف أنه يجب القصاص في الموضِّحَة ، بأن ينتهي السكين إلى العظم ، ولا خلاف أنه لا يجب القصاص فيما بعد الموضحة من الهاشمة وغيرها .

وأما فيما قبل الموضحة : فقد ذكر في « الأصل » أنه يجب القصاص ، لأنه يمكن تقدير غور الجراحة بمسمار ثم يعمل حديدة على قدرها ، فتغمد في اللحم إلى آخرها ، فيستوفى ، مثل ما فعل .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجب به القصاص .

وأما بيان وجوب الدية ، ومقدارها ، وكيفيتها فنقول :

الجناية الموجبة للدية إما إن كانت في النفس ، أو فيما دونها .

أما إذا كانت في النفس :

ففيما بين الأحرار تجب دية كاملة ، يستوي فيها الصغير والكبير ، والوضيع والشريف ، والمسلم والذمي .

وقال الشافعي : في دية اليهود والنصارى أربعة آلاف درهم فضة ، وفي المجوس ثمانمائة درهم .

ثم مقدار الدية في الأحرار ألف دينار ، أو عشرة آلاف درهم فضة ، أو مائة من الإبل ـ كل واحد أصل : وهو الظاهر في قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك ، وقالا من البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة ، ومن الحُلل مائتا حُلة : كل حلة ثوبان : إزار ورداء .

وروي عن أبي حنيفة في كتاب المعاقل ما يدل على مثل قولهما ، فإنه قال : إذا صالح الولي على اكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة : لم يجز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، ولو لم تكن هذه الأشياء أصولا لجاز

الصلح على اكثر منها ، كما لو صالح على عروض أخر تزداد قيمتها على الدية ـ وهذا عندنا .

وقال الشافعي : من الإبل والدنانير مثل قولنا ، وفي الدراهم قال : اثني عشر الفا .

وأصله ما روى عبيدة السلماني[1] عن عمر أنه قضى في الدية من الدراهم بعشرة آلاف ، ومن الدنانير بألف ، ومن الإبل بمائة ، ومن البقر بمائتين ، ومن الشياه بألفين ، ومن الحلل بمائتين .

وأما كيفية الأسنان في الإبل :

فقال أصحابنا في دية الخطأ : إنها خمسة أنواع : عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ـ وهو قول ابن مسعود .

وقال الشافعي : عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض .

وأما دية شبه العمد ـ فقال أبو حنيفة وأبو يوسف أرباعا : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ـ وهو قول ابن مسعود .

وقال محمد : في شبه العمد : ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون ما بين ثنية إلى بازل عامها ، كلها خلفة ـ وهو قول عمر وأبي موسى الأشعري والمغيرة رضي الله عنهم .

---

(١) هو أبو مسلم ويقال أبو عمرو عبيدة بن قيس وقيل عبيدة بن عمرو وقيل عبيدة بن قيس بن عمرو ويقال له السلماني نسبة الى بني سلمان بطن من مراد . أسلم قبل وفاة النبي ﷺ بسنتين ولم يره . وسمع عمر بن الخطاب وعلياً وابن مسعود وابن الزبير . وهو مشهور بصحبة عليّ . وروى عنه الشعبي والنخعي وابن سيرين وغيرهم . نزل الكوفة وورد المدينة وحضر مع عليّ قتال الخوارج . وكن أحد أصحاب ابن مسعود الذين يقرؤ ون ويفتون . وكان رابع أربعة بالكوفة أما الثلاثة الآخرون فهم الحارث وعلقمة وشريح . وتوفي سنة ٧٢ وقيل سنة ٧٣ وقيل سنة ٧٤ هـ .

وذكر في « الأصل » : وعن علي رضي الله عنه أنه قال في شبه العمد أثلاث : ثلاثة وثلاثون حقة ، وثلاثة وثلاثون جذعة ، وأربعة وثلاثون خلفة في بطونها أولادها .

وأما حكم الجناية فيما دون النفس خطأ ـ فنقول :

قد تجب دية كاملة بتفويت العضو ، وقد تجب الدية بتفويت معنى في النفس تفوت به النفس حكما في حق جنس المنفعة ، وقد يجب أرش مقدر ، وقد تجب حكومة العدل .

فأما العضو الذي يجب كمال الدية بتفويته :

فهو العضو الذي لا نظير له في البدن يفوت به جمال كامل او منفعة بها قوام النفس ، وذلك نحو اللسان كله ، والأنف كله والذكر كله .

وتجب أيضا بقطع الحشفة والمارن ، وبعض اللسان إذا كان يمنعه من الكلام ، وكذا الإفضاء بين السبيلين بحيث لا يستمسك البول والغائط .

وكذا حلق شعر رأس الرجل والمرأة وحلق لحية الرجل بحيث لا ينبت ـ وهذا عندنا . وعند الشافعي : تجب حكومة العدل .

وأما حلق لحية العبد : ذكر في « الأصل » : تجب فيه حكومة العدل، وفي رواية الحسن : تجب قيمة العبد .

وقال أبو جعفر الهندواني : إنما تجب الدية بحلق اللحية إذا كانت كاملة يتجمل بها ، فإن كانت طاقات لا يتجمل بها : فلا شيء فيها .

وكذلك في لحية تشين ولا تزين ، بأن كانت على ذقنه شعرات .

وإن كانت لحية يقع بها الجمال في الجملة ، ولا يقع بها الشين : تجب فيها حكومة العدل .

وأما فوات المعنى :

فهو ذهاب العقل ، والبصر ، والسمع ، والشم ، والذوق ، والكلام ، والجماع ، مع قيام الآلة التي تقوم بها هذه المنافع صورة ـ فتجب بكل واحد منها الدية . وإنما يعرف فوات البصر بأن يلقى بين يديه حية ، فإن هرب يعلم أن بصره باق . وفي السمع يتغفل ثم ينادى ، فإن أجاب يعلم أنه لم يفت سمعه .

وأما العضو الذي في البدن منه اثنان ـ كالعينين ، والأذنين ، والشفتين ، والحاجبين إذا حلقا على وجه لا ينبتان ، واليدين ، والرجليين ، وثديي المرأة وحلمتيهما ـ ففيها الدية ، وفي واحد من ذلك نصف الدية .

وفي الأنثيين : إن قطعهما مع الذكر جملة ، من جانب واحد ، في حالة واحدة ، فإنه يجب عليه ديتان : دية بإزاء الذكر ، ودية بإزاء الانثيين .

وإن قطع الذكر أولا ، ثم الأنثيين : يجب ديتان أيضا ، لأن بعد قطع الذكر منفعة الأنثيين قائمة ، وهي إمساك المني .

وأما إذا قطع الأنثيين أولا ، ثم الذكر : تجب الدية بقطع الأنثيين ، لزوال منفعة مخصوصة، وتجب بقطع الذكر حكومة العدل ، لأن منفعة الإيلاد بطلت بفوات الأنثيين .

وفي أشفار العينين كلها الدية ، وفي كل واحد منها ربع الدية إذا لم ينبت .

وكذا في قطع الأجفان مع الأشفار : تجب دية كاملة وتصير الأجفان تابعة للأشفار .

فأما إذا قطع الأجفان التي لا أشفار لها : تجب حكومة العدل ـ وصار

كقطع الأصابع وحدها : يوجب دية كاملة ، لأن الكف تبع .

ولو قطع الكف بدون الأصابع تجب حكومة العدل . ولـو قطع الكف مع الأصابع تجب دية واحدة ، لأن الكف تبع ـ كذا هذا .

وفي أصابع اليدين ، أو الرجلين ، كلها الدية الكاملة .

وفي كل إصبع عشر الدية ـ لا فضل للكبيرة على الصغيرة .

ثم ما كان من الأصابع فيه ثلاثة مفاصل ففي كل مفصل ثلث دية الإصبع ، وما كان فيه مفصلان ففي كل واحد منهما نصف دية الإصبع .

وإصبع اليد والرجل في الأرش سواء .

وفي الأسنان ـ في كل سن إذا سقطت خمسمائة درهم ، استوى فيه الأضراس والثنايا وغيرها .

فإذا اسودت السن من الضربة أو أحمرت أو اصفرت : ففيه الأرش تاما عند أبي حنيفة .

وقد روى أبو يوسف عنه أنه قال : فيها حكومة العدل .

وروى محمد عنه أنه قال : إن كان حرا فلا شيء عليه ، وإن كان عبدا ففيه حكومة العدل .

وقال : فيها حكومة العدل .

ثم هذا الحكم في الأسنان بعد أن يستأنى بها سنة : فإن نبتت بيضاء مستقيمة : فلا شيء عليه . وإن نبتت سوداء أو حمراء أو صفراء أو خضراء : جعلت كأن لم تكن ، لأنه لم يحصل بها الجمال والمنفعة .

وأما الشجاج(١) ـ فقد ذكر المشايخ أن الشجاج إحدى عشرة شجة :

---

(١) يلاحظ أن الشجاج تختص بالوجه والرأس أما الجراح ففي سائر البدن (أي غير الوجه والرأس) .

أولها الخادشة ـ وهي التي تخدش الجلد .

وبعدها الدامعة ـ وهي التي يخرج منها ما يشبه الدمع .

وبعدها الدامية ـ وهي التي يخرج منها الدم .

وبعدها الباضعة ـ وهي التي تبضع اللحم .

وبعدها المتلاحمة ـ وهي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة ـ هكذا روي عن أبي يوسف .

وقال محمد : المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي يتلاحم فيها الدم ويسود .

وبعدها السمحاق ـ وهي التي تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم : تلك الجلدة تسمى السمحاق .

ثم الموضِّحة ـ وهي التي توضح العظم .

ثم الهاشمة ـ وهي التي تهشم العظم .

ثم المُنَقِّلة ـ وهي التي يخرج منها العظم على وجه النقل .

ـ ثم الآمة ـ وهي التي تصل إلى أم الدماغ ، وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ .

ثم الدامغة ـ وهي التي تخرق الجلدة وتصل إلى الدماغ .

فهذه أحدى عشرة شجة . ولم يذكر محمدا لخادشة ، ولا الدامغة ، لأنه لا يتصل بهما الحكم غالبا لأن الخادشة لا يبقى لها أثر ولا حكم للشجة التي لا يبقى لها أثر ، والدامغة لا يعيش معها الإنسان فيكون حكمه حكم القتل .

ثم في الشجاج التي قبل الموضِّحة تجب حكومة العدل .

وفي الموضِّحة تجب خمس من الإبل .

وفي الهاشمة عشر من الإبل .

وفي المُنَقِّلة خمسة عشر من الإبل .

وفي الآمّة ثلث الدية .

ثم مواضع الشجاج عندنا هو الرأس ، والوجه في مواضع العظم مثل : الجبهة ، والوجنتين ، والصدغين ، والذقن ، دون الخدين ولا تكون الآمّة إلا في الرأس ، وفي الوجه في الموضع الذي يخلص منه إلى الدماغ .

والصغيرة والكبيرة في ذلك سواء ، لقوله عليه السلام : « في الموضحة خمس من الإبل » من غير فصل .

ثم الجراح في سائر البدن - ليس في شيء منها أرش معلوم ، سوى الجائفة ، وهي الجراحة النافذة إلى الجوف ، والمواضع التي تنفذ الجراحة منها إلى الجوف هي : الصدر ، والظهر ، والبطن ، والجنبان دون الرقبة ، والحلق ، واليدين والرجلين - وفيها ثلث الدية . فاذا نفذت إلى الجانب الآخر ، فهي جائفتان ، وفي كل واحدة منها ثلث الدية ، فإنه روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية ، وذلك بحضرة الصحابة ، من غير خلاف .

وأما ما يجب حكومة العدل فيه - فقد ذكرنا بعضه .

ومن ذلك : كسر الضلع ، وكسر قصبة الأنف ، وكسر كل عظم من البدن ، سوى السن : فيه حكومة العدل .

وكذا في ثدي الرجل ، وفي حلمة ثدييه حكومة عدل دون ذلك ، وفي أحدهما نصف ذلك .

وفي لسان الأخرس ، وذكر الخصي ، والعنين ، والعين القائمة الذاهب نورها ، والسن السوداء ، واليد الشلاء ، والذكر المقطوع

الحشفة ، والكف المقطوع الأصابع ، وكسر الظفر وقلعه بحيث لا ينبت أو نبت مع العيب .

وأما الصبي الطفل : ففي لسانه حكومة عدل ، ما لم يتكلم . وفي يده ورجله ، وذكره إذا كان يتحرك ، مثل الكبير : وفي المارن والأذن : المقصود هو الجمال ، فحكمه حكم الكبير ، وفي العين ، إذا وجد ما يستدل به على البصر كالكبير .

وفي حلق رأس إنسان إذا نبت أبيض: على قول أبي حنيفة : لا يجب شيء إذا كان حراً ، لأن الشيب ليس بعيب ، وإن كان عبدا يجب مانقصه ، وقال أبو يوسف : تجب حكومة العدل فيهما .

وفي ثدي المرأة المقطوعة الحلمة والانف المقطوع الأرنبة ، والجفن الذي لا أشفار له ـ حكومة العدل .

ثم الشجة إذا التحمت ونبت الشعر ـ لا يجب فيها شيء على الشاج عند أبي حنيفة ، لأن الشين الذي لحقه بسببه قد زال . وقال أبو يوسف : تجب عليه حكومة عدل في الألم . وقال محمد : يلزمه أجرة الطبيب .

واختلف المتأخرون من أصحابنا في كيفية الحكومة :

فقال الطحاوي : يقوم المجني عليه ، لو كان عبدا ، صحيحا ، ويقوم وبه الشجة ـ فما نقص بين القيمتين كان أرشا في شجة الحر .

وكان أبو الحسن الكرخي يقول : يقرب من الشجة التي لها أرش مقدر ، بالحزر والظن : يحكم بذلك أهل العلم بالجراحات .

وأما حكم النساء ـ فنقول :

إن دية المرأة على النصف من دية الرجل بإجماع الصحابة ، مثل عمر

وعلي وابن مسعود[1] وزيد بن ثابت[2] رضي الله عنهم وغيرهم : فإنهم قالوا : دية المرأة على النصف من دية الرجل ، إلا أن ابن مسعود قال : إلا في الموضحة والسن : فإنها كالرجل .

وأما فيما دون النفس من المرأة : فإنه يعتبر بديتها : فيتنصف كديتها ، لأن المرأة في ميراثها وشهادتها بمنزلة النصف من الرجل ـ فكذا في الدية .

وقال ابن مسعود : تعاقل[3] المرأة الرجل فيما كان أرشه نصف عشر الدية ، يعني ما كان أقل من ذلك فالرجل والمرأة في ذلك سواء ، واستدل بالغرة .

وقال سعيد بن المسيَّب[4] : تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها : يعني ما كان أقل من ثلث الدية ، فالرجل والمرأة فيه سواء .

وروي أن ربيعة الرأت[5] سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع إصبع

(1) عبد الله بن مسعود ـ من كبار الصحابة وساداتهم وفقهائهم ومقدميهم في القرآن والفقه والفتوى وأصحاب الخلق . كان من المتقدمين في الإسلام إذ كان سادس ستة . هاجر الى الحبشة ثم الى المدينة . وشهد بدراً وأحداً والخندق وغيرها واليرموك . روي له عن رسول الله ﷺ ٨٤٨ حديثاً . وفي صحيح مسلم عنه أنه قال : « والذي لا إله غيره ما من كتاب الله سورة إلا أنا أعلم حيث نزلت وما من آية إلا أنا أعلم فيما نزلت ولو أعلم أحداً هو أعلم بكتاب الله مني تبلغه الإبل لركبت اليه » . نزل بالكوفة في آخر أمره وتوفي بها سنة ٣٣ هـ . وهو ابن بضع وستين سنة .

(2) وزيد بن ثابت ـ صحابي . وهو كاتب الوحي والمصحف ومراسلات النبي ﷺ الى الناس . وكان يكتب لأبي بكر وعمر في خلافتهما . وكان أحد الثلاثة الذين جمعوا المصحف . استصغره النبي ﷺ يوم بدر فرده . وقيل شهد أحداً . وشهد الخندق وما بعدها من المشاهد . وكان من الراسخين في العلم وأعلم الصحابة بالفرائض للحديث : « أفرضكم زيد » . وتوفي بالمدينة سنة ٥٤ هـ .

(3) أي تساويه في العقل وهو الدية فتأخذ كما يأخذ الرجل .

(4) سعيد بن المسيب (بالفتح والكسر) ـ إمام التابعين وأحد فقهاء المدينة السبعة . متفق على إمامته وجلالته . وكان زوج بنت أبي هريرة . ورأى عمر وسمع منه ومن عثمان وعليّ وابن عباس وابن عمر وغيرهم . وروى عنه جماعات من أعلام التابعين . ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر وقيل لأربع . وتوفي سنة ٩٣ أو ٩٤ هـ .

(5) ربيعة الرأي هو أبو عثمان ويقال أبو عبد الرحمن بن ربيعة . وقد قيل له « ربيعة الرأي » لأنه كان

امرأة ، فقال : فيها عشر من الإبـل ، قال : فـإن قطع ثـلاثا قـال : فيها ثلاثون من الإبل ، قال : فإن قطع أربعة،قال: فيها عشرون من الإبل ، فقـال ربيعة : لمـا عظم ألمهـا وزادت مصيبتها ، قـل أرشهـا ـ فقـال لـه : أعـراقي أنت ؟ قال : لا ! بـل جاهـل متعلم ، أو عـالم متبـين ، فقـال : هكذا السنة يا ابن أخ ! ـ أراد بذلك سنة زيد بن ثابت .

وما قال ربيعة فهو حجتنـا في المسألة: أن مـا قالـوا يؤدي إلى أن يقل الأرش عند كثرة الجناية ـ وهـذا لا يصح ، لأن مـا دون النفس معتبر بـدية النفس ، بدلالة ما زاد على ثلث الدية .

وأما في العبد :

إذا قتله حر خطأ : فإن كان قليل القيمة : فإنه يجب قيمته بالإجماع ، فأما إذا كان كبير القيمة ، بأن زادت قيمته عن دية الحـر : قال أبـو حنيفة ومحمد : يجب عشرة آلاف إلا عشرة ، وقال أبو يوسف والشـافعي : تجب قيمته بالغة ما بلغت ، إلا أن عند الشافعي تجب بمقابلة الماليـة ، وعند أبي يوسف تجب بمقابلة الـدم ، ولهذا قـال : مقدار الـدية يجب عـلى العاقلة ، ويجب مؤجـلا في ثلاث سنـين ، ويدخـل فيه الإبـل كـما قـالا ـ والمسـألـة معروفة .

وأما إذا قتله عبد ، خطأ : فإنه يجب الدفع أو الفداء .

وأما إذا جنى العبد على حر ، أو على عبد غير المولى : فإن كان عمدا يجب القصاص ، وإن كان خطأ ، في نفس ، أو فيما دونها ، قـل أرشها ، أو كـثر ، فذلـك في رقبة الجـاني وليس في ذمة المـولى منه شيء ، ويكـون

= يعـرف بالـرأي والقياس . وهـو تابعي سمـع أنس بن مالـك والسائب بن يـزيد الصحـابيـين وابن المسيب ومكحـول وغيرهمـا . وهو شيـخ مالـك ، وقد روى عنـه هـو والثـوري والليث والأوزاعي وغيرهم . وتوفي بالمدينة سنة ١٣٦ هـ .

المولى بالخيار : إن شاء دفع العبد بالجناية ، وإن شاء فدى عنه ، بجميع الأرش ، لإجماع الصحابة على ذلك .

فإن مات العبد قبل أن يختار الفداء ، فلا شيء على المولى ، لأن الحق متعلق بالعين ، فيزول بزواله ، وإن كان بعد اختيار الفداء ، لم يبطل ، لأنه انتقل الحق إلى ذمة المولى بالتزامه .

وإن جنى العبد على جماعة : فالمولى بالخيار : بين أن يدفع العبد إليهم وكان مقسوما بينهم ، على قدر ما لكل واحد منهم من أرش الجناية ، وبين أن يمسك العبد ، ويفدى بأرش الجنايات كلها ، لما ذكرنا .

ولو تصرف المولى في العبد الجاني ، بعدالعلم بالجناية ، تصرفا يخرجه عن ملكه ، نحو البيع والهبة والإعتاق ، أو أقر به لرجل ، أو كانت أمة فاستولدها - فإنه يصير مختارا للفداء : بالدية إن كانت الجناية في النفس ، وبالأرش إن كانت الجناية فيما دون النفس ، لأن المخير بين الشيئين إذا فعل ما يدل على اختيار أحدهما ، أو منع من اختيار أحدهما - تعين الآخر للاختيار، ومع هذه التصرفات تعذر الدفع .

وإن كان لا يعلم بالجناية يلزمه قيمة عبده ، إذا كانت أقل من الأرش لأنه لا يصير مختارا بلا علم ، ولكن امتنع التسليم إلى الولي بفعله ، مع تعلق حق الولي به ، فيصير متلفا عليه هذا القدر ، فيلزمه ذلك القدر ، ولا حق لولي الجناية فيما زاد عليه .

وأما جناية المدبر وأم الولد :

ففي مال المولى ، دون عاقلته - يعتبر الأقل من أرش الجناية ومن قيمته لأن الأصل في جناية العبد هو دفع الرقبة، إلا أنه بالتدبير والاستيلاد صار مانعا من التسليم ، من غير اختيار - فكأنه دبره ، وهو لا يعلم بالجناية ، فيلزمه الأقل من ذلك ، لما ذكرنا .

ولا يلزم المولى بجنايتها أكثر من قيمة واحدة ، وإن كثرت الأروش : يستوي فيه من تقدم أو تأخر في الجناية ، لأن المنع منع واحد ، والضمان يتعلق به ، فجعل كأن الجنايات اجتمعت ثم دبره وهو لا يعلم بها . ويعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم جنى عليه ، ولا يعتبر القيمة يوم التدبير ، لأنه صار مانعا بالتدبير السابق عن تسليمه في حال الجناية .

وأما جناية المكاتب :

فعليه دون سيده ، ودون عاقلته ـ يحكم عليه بالأقل من قيمته ومن أرش جنايته . وهذا لأن الواجب الأصلي هو دفع الرقبة ، وتسليم رقبته ممكن ، في الجملة ، بأن عجّز نفسه ، فيكون متعلقا برقبته على طريق التوقف : فلا ينتقل الحق من رقبته إلى ذمته ، ليؤدي من كسبه ، إلا بأحد معان ثلاثة : إما بحكم الحاكم بأرشها عليه ، أو يصطلحوا على الأرش ، أو يموت ويترك مالا أو ولدا ـ وهذا الذي ذكرنا مذهبنا .

وقال زفر : إن جنايته تجب في ذمته ، بمنزلة الحر .

وثمرة الخلاف تظهر في مواضع :

ـ من ذلك أن المكاتب إذا عجز ، قبل انتقال الجناية من رقبته ـ يقال للمولى : ادفعه أو افده ، وعند زفر : يباع في الأرش .

ـ ومن ذلك أيضا أن المكاتب إذا جنى ثم جنى قبل القضاء بالجناية الأولى عليه ، يقضى عليه بقيمة واحدة ، لأن الجناية تتعلق بالرقبة ، والرقبة الواحدة تتضايق عنهما ، كجنايتي العبد . وعند زفر : يحكم في كل جناية بقيمته ، لأنها تجب عنده في الذمة ولا تضايق فيها .

وأما جناية العبد والمدبر وأم الولد على مولاهم أو على ماله ، خطأ : فتكون هدرا ، لأنه لو وجب الضمان ، يجب على العبد للمولى ، والمولى لا يجب له مال على عبده .

وكذا الجناية من المولى ، عليهم : تكون هدراً أيضاً، إلا أن في المدبر يجب عليه أن يسعى في قيمته إذا قتل المولى خطأ ، لأن العتق وصية ، فلا يجوز أن يسلم للقاتل .

وأما جناية المكاتب على مولاه ، وجناية مولاه عليه ـ خطأ ، فلازمة ، لأن المكاتب أحق ، بمنافعه ، وأكسابه ، فيكون كالحر سواء .

وأما الجنين ـ فنقول :

إذا ضرب الرجل بطن امرأة ، حرة ـ فألقت جنينا ميتا : فعليه الغرة[1]،وهي عبد أو أمة تعدل خمسمائة درهم ، ذكرا كان الجنين أو انثى .

وكان القياس فيه أن لا يجب شيء ، لأنه يحتمل أنه لم يكن فيه حياة ، وقت الضرب ، ولهذا لو ضرب بطن دابة ، فألقت جنينا ، ميتا ، لا يجب الضمان ، وفي الاستحسان: يجب لإجماع الصحابة على ذلك .

ويكون على العاقلة .

ولو ألقته حيا ، فمات من ساعته ، فعليه الدية ، كاملة ، على العاقلة ، لأن صارت نفسا من كل وجه .

ولو ماتت الأم بالضرب ، ثم خرج الجنين ، ميتا : لا يلزمه الغرة ، لاحتمال أنه مات بسبب الخنق ، فزاد ههنا احتمال اخر.

وأصل الوجوب ثبت بخلاف القياس ، فلا يقاس عليه ما ليس نظيره .

ولو ضرب بطن أمة ، فألقت جنينا ، ميتا : يغرم نصف عشر قيمته

---

(١) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب والعبد والأمة الفارهة ومنه الحديث « وجعل في الجنين غرة : عبداً أو أمة » .

إن كان ذكرا ، وعشر قيمتها إذا كان أنثى ، وقال الشافعي : فيه عشر قيمة الأم .

وهذا لما ذكرنا أن الواجب في الجنين الغرة ، بالنص ، وهو خمسمائة درهم وذلك عشر دية الأنثى ، ونصف عشر دية الذكر ، والقيمة في الأمة كالدية في الحرة ، فوجب عشر قيمتها ، إن كانت أنثى ، ونصف عشر قيمته إن كان ذكرا ، بناء على الحر ، إلا أن ما وجب في جنين الأمة ، فهو في مال الضارب ، حالا ، لأن ما دون النفس من الرقيق ضمانه ضمان الأموال ، وذلك مما لا تتحمله العاقلة ، بخلاف جنين الحرة .

وأما بيان من تجب عليه الدية ـ فنقول :

كل دية وجبت بنفس القتل ، في خطأ ، أو شبه عمد ، أو في عمد دخلته شبهة : تجب في ثلاث سنين ، على من وجبت عليه : في كل سنة الثلث .

فالخطأ وشبه العمد : على العاقلة .

وأما العمد الذي تدخله الشبهة ، فيتحول مالا : فهو في مال الجاني ، في ثلاث سنين ، وذلك مثل قتل الأب ابنه ، والمولى عبده .

وكذلك إذا صولح من الجناية على مال : لا يجب على العاقلة ، ويجب على القاتل ، في ماله ، حالا ، لأنه ما وجب بنفس القتل ، وإنما وجب بعقد الصلح ، فإن جعلاه مؤجلا ، يكون مؤجلا ، وإلا فيكون حالا ، كثمن المبيع .

وكذا من أقر على نفسه ، بالقتل ، خطأ: فالدية في ماله ، في ثلاث سنين لا على العاقلة .

وكذلك ما وجب بجناية العبد : فإنه لا يكون على العاقلة .

وأصل ذلك حديث عمر ، رضي الله عنه ، موقوفا عليه ، ومرفوعا : « لا تعقل العاقلة عمدا ، ولا عبدا ، ولا صلحا ، ولا اعترافا ، ولا ما دون أرش الموضحة » - إلا أن في الصلح ، تجب حالا ، وفي الإقرار ، والعمد الذي فيه شبهة ، تجب عليه ، ولكن مؤجلا في ثلاث سنين ، لإجماع الصحابة: أن الدية تجب مؤجلة في ثلاث سنين : في كل سنة الثلث ، عند انقضائها .

وكذلك الحكم في الحر من بدل النفس : فهو في ثلاث سنين ، كالعشرة إذا قتلوا واحدا ، خطأ : فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين .

ولا يغرم كل رجل من العاقلة إلا ثلاثة دراهم ، أو أربعة ، في ثلاث سنين ، فإن قلت العاقلة حتى صار نصيب كل واحد منهم أكثر من ذلك يضم إليهم أقرب القبائل منهم ، في النسب ، من أهل الديوان كانوا أو من غيرهم ، حتى لا يلزم الرجل منهم أكثر من ذلك ،لأنه يجب عليهم، بطريق الإعانة ، تخفيفا على قريبهم ، فلا يجوز أن يجب عليهم على وجه فيه تعسير عليهم .

وأما أرش ما دون النفس ، خطأ ، إذا بلغ نصف عشر الدية ، فهو على العاقلة ، في سنة . وكذا في المرأة إذا بلغ نصف عشر ديتها : يكون على العاقلة ، في سنة ، لأن ما دون النفس معتبر بالدية .

ثم ما زاد على نصف العشر إلى أن يبلغ ثلث الدية ، ففي سنة ، قياسا على ما يجب على العاقلة ، في السنة الأولى .

فإن زاد على الثلث : فالزيادة تجب في سنة أخرى إلى الثلثين .

فإن زاد على الثلثين : فهي في السنة الثالثة .

ثم العاقلة من هم ؟

فعندنا ـ العاقلة هم أهل الديوان ، في حق من له الديوان ، وهم المقاتلة ، ومن لا ديوان له ، فعاقلته من كان من عصبته في النسب .

وعند الشافعي : لا يلزم أهل الديوان إلا أن يكونوا من النسب .

والصحيح قولنا ، لما روي عن إبراهيم النخعي[1] أنه قال : كانت الدية على القبائل ، فلما وضع عمر رضي الله عنه الدواوين جعلها على أهل الديوان ، وذلك بحضرة الصحابة ، رضي الله عنهم ، من غير خلاف .

وتبين أنه إنما كان على أهل القبائل للتناصر ، فلما صار التناصر بالديوان اعتبر الديوان ، لوجود المعنى ، ولهذا لا تكون المرأة ، والصبي ، والعبد ، والمدبر ، والمكاتب من جملة العاقلة ، لأنهم ليسوا من أهل التناصر ، ولا من أهل الإعانة بالشرع ـ والله أعلم .

---

(١) فقيه أهل الكوفة . وهو تابعي جليل . دخل على عائشة رضي الله عنها ولم يثبت له منها سماع . وسمع جماعات من كبار التابعين . وروى عنه جماعات من التابعين منهم حمّاد بن أبي سليمان شيخ أبي حنيفة . وأجمعوا على توثيقه وجلالته وبراعته في الفقه . وقد توفي سنة ٩٦ هـ .

باب
ضمان الراكب ، ومن كان في معناه

أصل الباب : أن السير في ملك نفسه مباح مطلق ، والسير في طريق المسلمين مأذون ، بشرط السلامة : فما تولد من سير من تلف ، مما يمكن الاحتراز عنه ، فهو مضمون ، وما لا يمكن الاحتراز عنه ، فليس بمضمون ، إذ لو جعلناه مضمونا ، لصار ممنوعا عن السير ، وهو مأذون .

ولهذا قال أصحابنا رضوان الله عليهم إن ما أثار من الغبار ، بالمشي أو بسير الدابة ، لا يضمن ما تولد منه ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه .

وكذا ما أثارت الدابة ، بسنابكها ، من الحصى الصغار ، وأما الحصى الكبار : فإن الراكب يضمن ما تولد منه ، لأنه لا يكون سببا إلا بالعنف في السير ، فيمكن الاحتراز عنه .

وإذا ثبت هذا ـ فنقول :

ـ من سارت دابته في طريق المسلمين ، وهو راكب عليها ، أو قائد ، أو سائق ـ فوطأت دابته رجلا ، بيدها أو برجلها ، أو كدمت ، أو صدمت بصدرها ، أو خبطت بيدها : فهو ضامن ، لأنه يمكن الاحتراز عنه .

ـ وكذلك السائق والقائد ، لانه مقرب للدابة إلى الجناية .

ـ والرديف كالراكب : إلا أن الفرق أن الراكب قاتل بوطء الدابة بثقله وفعله هو ليس بمسبب، والسائق مسبب ، حتى تجب الكفارة على

الراكب دون السائق والقائد .

ـ ولو نفحت الدابة برجلها ، وهي تسير ، أو بذنبها ، فلا ضمان في ذلك على راكب ، ولا رديف ، ولا سائق ، ولا قائد ـ لأن الاحتراز عنه غير ممكن .

ـ ولو أوقف الدابة في الطريق ، فهو ضامن لما تولد من وقوف الدابة : من الوطء ، والنفحة بالرجل ، والذنب ، وما عطب بروثها ، وبولها ، ولعابها .

ـ وكذاإذا أوقفها على باب مسجد من مساجد المسلمين ، فهو بمنزلة الطريق ، لأنه من جملته ، والسير مأذون في الطريق ، دون الوقوف والإيقاف .

ـ فإن جعل الإمام ، للمسلمين ، عند باب المسجد ، موقفا لوقوف الدواب : فما حدث ، من الوقوف ، غير مضمون ، لأنه مأذون فيه . ولكن ساق الدابة فيه ، أو قاد ، أو سار فيه ، على الدابة : يضمن ، لأن الإذن في حق الوقوف ، لا غير ، فبقي السير على ما كان : بشرط السلامة .

ـ وعلى هذا : وقوف الدواب ، في سوق الخيل والدواب ، لأن ذلك مأذون من جهة السلطان .

ـ وعلى هذا : الفلاة ، وطريق مكة ، إذا كان وقوف الدابة في غير المحجة ، في ناحية منه ، لأن هذا مما لا يضر بالناس ، فلا يحتاج فيه إلى الإذن وأما الوقوف في المحجة فهو كالوقوف في طريق المسلمين .

ـ فأما إذا كان الطريق ملكاً خاصاً ، له فساق فيه دابته ، أو سار بها وهو راكب ، أو في ملكه في الجملة : فما تولد من سيره فهو غير مضمون عليه ، إلا وطء الدابة ، لأنه تصرف في ملكه ، فلا يتقيد بشرط

السلامة ، لكن الوطء بمنزلة فعله ، لحصول الهلاك بثقله ، ومن تعدى على الغير في دار نفسه يضمن .

ـ ولو نفرت الدابة أو انفلتت منه : فما أصابت في فورها ذلك ، لا ضمان عليه ، وسواء كان الانفلات في ملك صاحبها او في الطريق ، أو في ملك الغير، لأنه لا صنع له فيه ، ولا يمكن الاحتراز عنه .

ـ وقد قالوا فيمن أرسل دابته : فما أصابت في فورها ضمن ، وإن مالت يمينا أو شمالا ، ثم أصابت فهو على وجهين : إن لم يكن لها طريق آخر : يجب الضمان على المرسل ، لأنها باقية على الإرسال ، وإن كان لها طريق آخر ، فانعراجها باختيارها يقطع حكم الإرسال ، فتصير كالمنفلتة .

ـ ولو حفر بئرا في طريق المسلمين ، أو أخرج جناحا ، أو نصب فيه ميزابا ، أو بنى دكانا ، أو وضع حجرا ، أو خشبة ، أو متاعاً ، أو صب ماء في الطريق ، أو قعد ليستريح ، أو لمرض أصابه فعثر بشيء من ذلك عابر ، فوقع فمات ، او وقع على غيره ، فقتله ، او على مال إنسان ، فهلك : فهو ضامن ، لأنه متعد ، لأن الطريق مأذون فيه للسير لا غير ، فما تولد منه ، يكون مضمونا .

ثم ما كان من الجناية ، على بني آدم فهو على العاقلة ، على ما ذكرنا ، وما كان على المال ، فهو عليه في ماله حالا .

ـ ولو كان الرجل سائرا على دابته ، أو واقفا عليها ، في ملكه أو في طريق العامة ـ فنخس دابته رجل ، فضربت بذنبها أو برجلها ، أو نفرت فصدمت إنسانا ، في فور النخسة : فالناخس ضامن ، دون الراكب ، إذا فعل ذلك بغير أمره ، لأنه متعد في النخس ، فما تولد منه مضمون عليه ، والراكب ليس بمتعد .

فأما إذا انقطع الفور ، فذاك مضاف إلى اختيار الدابة ، لا إلى الناخس .

وكذلك لو ضربها رجل ، بغير أمره .

ـ فأما إذا نخس بأمر الراكب ، أو ضرب ـ فنفحت برجلها إنسانا ، فقتلته : فإن كان الراكب يسير في الطريق أو كان واقفا في ملكه ، أو في موضع قد أذن فيه بالوقوف ، من هذه الأسواق ، ونحوها ، فلا ضمان في هذا : على راكب ، ولا سائق ، ولا ضارب ، ولا ناخس ، لأنه فعل ، بأمر الراكب ، فعلا يملكه الراكب ، فصار فعله كفعله ، ولو فعل الراكب لا يضمن ماأصابت الدابة بالرجل ـ فكذا هذا .

ـ ولو كان الراكب واقفا في بعض طرق المسلمين ، التي لم يؤذن بالوقوف فيها ، فأمر رجلا أن يضرب دابته ، فضربها ، فنفحت رجلا ، فقتلته ، فالدية عليهما نصفان ـ هكذا ذكر الكرخي .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ، في هذا ان الضمان على الراكب لا غير ، لأن ضربه له ، بأمر الراكب كضرب الراكب ولو فعل الراكب ، فتولد منه شيء ، برجلها ، يضمن فكذا هذا .

ووجه ما ذكر الكرخي أن كل واحد منهما متعد ، بطريق التسبيب ، فصارا شريكين .

ـ ولو كان الرجل يسير على دابته ، فأمر رجلا حتى ينخسها ، أو يضربها، فوطئت إنسانا ، فمات : فالضمان عليهما .

ـ وكذلك لو فعل ، بغير أمر الراكب ، فوطئت إنسانا ، فمات : فالضمان عليهما ، لأن الموت حصل بسبب فعل الناخس ، وثقل الراكب ، فيكون الضمان عليهما .

ـ ولو قاد الرجل قطارا ، فما أوطأه أوله ، أو أوسطه ، أو آخره : فهـو ضامن له .

ـ وكذلك إن صـدم إنسانـا ، فقتله ، لأن القائـد مقرب للبهيمـة إلى الجنـاية ، وهـذا مما يمكن الاحتـراز عنه في الجملة بـأن يـذود النـاس عن الطريق .

فإن كان معه سائق : فـالضمان عليهـما كيفما كـان السائق : في وسط القطار ، أو في آخره ـ لأنه قد يكون سائقاً وقائداً ، وقد يكون سائقاً لا غير والأول قائد ، فهما مسببان في هذه الجناية .

ولو كان على القطار محامل فيها أناس ، نيام أو غير نيـام : فإن كـان منهم القَوْد والسوق : فهم شركـاء السائق والقائد ، وعلى الركبـان الكفارة لا غير .

فـأمـا إذا لم يكن منهم فعـل في القـوْد : فهم كـالمتـاع ، فـلا شيء عليهم .

ـ ولو أن حائطا من دار إنسان مال إلى طريق نـافذ أو إلى دار رجـل ، فهذا على وجهين :

إن بنى الحـائط مائـلا إلى ملك غيره ، أو إلى الـطريق ـ فهو ضامن لما عـطب ، بسقوطـه ، وإن لم يطالب بنقضـه ، لأنه متعـد بـالبنـاء في هـواء غيـره ، وهواء طـريق المسلمين حقهم أيضـا ، فما تـولد منـه ، وهـو ممكن الاحتراز عنه ، يؤاخذ به .

فأما إذا بنى في ملكه ، وحقه ، ثم مال البناء الى الطريق ، أو الى دار إنسان ، فلم يطالب بنقضـه ، ولم يشهد عليـه فيه ، حتى سقط عـلى رجل فقتله ، أو على مال إنسان فأتلفـه ـ فلا يضمن ، لأنـه شغل هـواء غيره ، ووقـع في يده بغـير صنعه ، وهـو ميلان الجـدار ، فيكون في يـده أمـان ،

كثوب ألقته الريح في يده ، فما تولد منه لا يؤخذ به ، و إن طولب بنقضه ، وأشهد عليه ، ثم سقط بعد ذلك في مدة أمكنه ، نقضه فيها ، فهو ضامن ، لأن بعد المطالبة يجب عليه التفريغ ، فإذا لم يفعل ، مع الإمكان ، صار متعديا ـ كما في الثوب الذي هبت به الريح : إذا طلبه صاحبه ، فامتنع عن الرد ، يجب الضمان عليه ، إذا هلك . أما إذا لم يفرط في نقضه ، وذهب حتى يستأجر من يهدمه ، فسقط فأفسد شيئا ، فلا شيء عليه ، لأنه يجب عليه إزالة يده بقدر الممكن .

والإشهاد أن يقول الرجل : « اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا » . والمعتبر عندنا المطالبة بالهدم ، وإنما يحتاج إلى الإشهاد ليثبت به المطالبة ، عند الإنكار ، كما قلنا في الشفعة : إن المعتبر هو الطلب ، وإنما الإشهاد ليثبت الطلب بالشهادة ، عند الإنكار ـ حتى لو اعترف صاحب الدار أنه طولب بنقضه ، وجب عليه الضمان ، وإن لم يشهد عليه .

ثم إن كان الميلان إلى دار إنسان ، فالإشهاد الى صاحب الدار إن كان فيها ، أو لم يكن فيها ساكن ، وإن كان فيها سكان ، فالاشهاد إلى السكان . وإن كان الميلان إلى طريق العامة ، فالإشهاد إلى كل من له حق المرور فيه : المسلم والذمي فيه سواء .

ولكن أنما يصح الإشهاد على مالك الحائط أو الذي له ولاية النقض : مثل الأب والوصي . ولا يصح الإشهاد على المرتهن ، والمستأجر ، والمستعير ، والمودع ـ لأنه ليس لهم ولاية النقض ، فكان الإشهاد عليهم وعدمه : سواء .

ولو أشهد من له حق الإشهاد ، على صاحب الحائط المائل ، أو على من يصح عليه الإشهاد ، فطلب منه التأجيل أو الإبراء ، فأجل وأبرأ : فإن كان اميل إلى الدار صح ، لأنه أبطل حقه . فأما إذا كان الميل إلى

الطريق ، فأبرأ أو أجل الذي أشهد عليه ، ممن له حق المرور أو القاضي ، فإنه لا يصح ، لأن هذا حق العامة : فإبراء الواحد وتأجيله يصح في حقه لا في حق الناس .

ـ ولو باع صاحب الدار ، بعد الإشهاد فسقط الحائط بعدما قبضه المشتري أو بعدما ملكه ، في زمان لا يتمكن من نقضه ، فلا ضمان على البائع ، فيما هلك بسقوطه ، لأنه لا يملك النقض ، فسقط حكم الإشهاد ، وإن كان بعدالتفريط : لا يسقط الضمان .

باب
القسامة

يحتاج في هذا الباب إلى :
بيان مشروعية القسامة ،
وإلى تفسيرها ،
وإلى بيان من تجب عليه .

أما الأول :

فالقسامة مشروعة في القتيل الذي يوجد وبه علامة القتل ، من الجراح وغيرها ، ولم يعرف له قاتل ـ بالأحاديث ، وقضاء عمر رضي الله عنه ، وإجماع الصحابة في خلافة عمر بن عبد العزيز[1] رحمة الله عليه .

وأما تفسير القسامة ، وبيان من تجب عليه :

فهو ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمة الله عليهما أنه قال في القتيل يوجد في المحلة أو في دار رجل في المصر : إن كانت به جراحة ، أو أثر ضرب ، أو أثر خنق ـ فإن هذا قتيل ، وفيه القسامة على عاقلة رب الدار إذا وجد في الدار وعلى عاقلة أهل المحلة إذا وجد في المحلة : يقسم خمسون رجلا : كل رجل منهم بالله : « ما قتلته ، ولا علمت له قاتلا » ـ

(١) هو الخليفة الراشد . وأمه أم عاصم حفصة بنت عاصم بن عمر بن الخطاب . ولد بمصر سنة ٦١ هـ . (أو ٦٣) . وبويع بالخلافة حين مات ابن عمه سليمان بن عبد الملك سنة ٩٩ هـ . وتوفي سنة ١٠١ هـ . وعمره ٢٩ سنة ونصف سنة . وقد أجمعوا على جلالته وفضله ووفور علمه وصلاحه وزهده وورعه وعدله .

ثم يغرمون الدية في ثلاث سنين ، على أهل الديوان : في كل سنة الثلث ، مقدار ما يصيب كل واحد منهم ثلاثة دراهم أو أربعة في ثلاث سنين ، فإن زاد ضموا إليهم أقربهم منهم من القبائل نسبا ، لا جوارا ، فإن نقصوا عن خمسين كررت عليهم الأيمان .

ثم لا يدخل في القسامة إلا العاقل البالغ الحر ، فأما المرأة : فهل تدخل ؟ ذكر الطحاوي أنه لا يدخل في القسامة إلا رجل عاقل بالغ حر .

وذكر محمد عن أبي حنيفة في القتيل يوجد في قرية امرأة لا يكون بها غيرها ، وليس لها عاقلة قريبة - قال : تستحلف ، ويكرر عليها الأيمان ، وعلى عاقلتها التي هي أقرب القبائل إليها في النسب .

وقال أبو يوسف : ينظر إلى أقرب القبائل إليها ، وتكون القسامة عليهم ، ولا قسامة على المرأة ، لأنها ليست من أهل النصرة ، كالصبي والمجنون والعبد .

وهما يقولان : إن المرأة من أهل الاستحلاف في الحقوق ، ومن أهل المشاركة في الدية : فإنها إذا قتلت رجلا ، خطأ، تشارك العاقلة في الدية .

ويدخل في القسامة : الأعمى ، والمحدود في القذف ، والذمي - لأنهم من أهل الاستحلاف والنصرة .

ويكون الاختيار في رجال القسامة إلى أولياء القتيل ، لأن ذلك حقهم ، ولهم في الاختيار فائدة .

هذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا رحمهم الله .

وقال مالك والشافعي رحمهما الله : إذا كان هناك لَوْث ، أي علامة القتل من واحد بعينه ، أو بينهما عداوة ظاهرة : فإنه يستحلف الأولياء خمسين يمينا .

ثم يقتص من المدعى عليه عند مالك .

وعند الشافعي : يقضي لهم على المدعى عليه بالدية .

ولكن هذا خلاف الأحاديث المشهورة وإجماع الصحابة .

ثم إذا وجد القتيل في دار رجل ، فالقسامة على رب الدار ، وعلى جيرانه إن كانوا عاقلته ، وإن لم يكونوا : فعلى عاقلته من أهل المصر، وعليهم الدية ـ كذا ذكر محمد في « الأصل » ، ولم يذكر إذا كانت العاقلة غُيَّباً .

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن القسامة عليه وعلى عاقلته ، غيبا كانوا أو حضورا .

وعلى قول أبي يوسف : لا قسامة على العاقلة .

وذكر الكرخي : إن كانت العاقلة حاضرة في المصر ، دخلوا في القسامة ، وإن كانت غائبة ، فالقسامة على صاحب الدار : يكرر عليه الإيمان ، والدية عليه وعلى العاقلة .

ثم القسامة والدية على الاقرب فالأقرب من عاقلة من وجد فيهم القتيل : فرب الدار وقومه أخص ثم أهل المحلة ، ثم أهل المصر . وكذلك القبائل : الأقرب فالأقرب ، وإن كانت المحلة فيها من قبائل شتى ، فإن الدية والقسامة على أهل الخطة ، وليس على المشتري شيء عند أبي حنيفة ومحمد : لا قسامة ولا دية ، ما بقي واحد من أهل الخطة . وعلى قول أبي يوسف : على أهل الخطة والمشترين جميعا . وقيل : إنما أجاب أبو حنيفة على عادة أهل الكوفة : فإن أهل الخطة هم الذين يدبرون أمر المحلة ، وأبو يوسف بنى على عادة أهل زمانه : أن التدبير إلى الأشراف ، من أهل الخطة كانوا أولا . وأما إذا لم يكن في المحلة أحد ، من أهل الخطة، وفيها ملاك وسكان : فعند أبي حنيفة ومحمد : على

الملاك ، دون السكان .

وقال أبو يوسف : عليهم جميعا .

ولو وجد القتيل في السوق : فعند أبي حنيفة ومحمد : على أربابها . وعند أبي يوسف : على سكانها . وإن كانت السوق للعامة أو للسلطان : فالدية في بيت المال .

ولو وجد في المسجد الجامع ، أو الجسور العامة ، أو النهر العام كدجلة والفرات ، فالدية في بيت المال ، ولا قسامة على احد .

فأما في النهر الخاص ، الذي يقضى فيه بالشفعة للشريك : فعلى عاقلة أرباب النهر .

ولو وجد في السجن ، ولا يعرف من قتله : فعند أبي حنيفة ومحمد : على بيت المال ، وعند أبي يوسف : تجب القسامة ، والدية ، على أهل السجن .

وإن وجد في السفينة : فالدية والقسامة على من في السفينة ، من ركبها ، أو يمدها ، من المالك وغيره ـ بخلاف الدار ، لأنها مما ينقل من موضع إلى موضع ، فيعتبر فيه اليد دون الملك .

وكذلك العجلة أو الدابة : إذا وجد عليها قتيل ومعها رجل يحملها وهو قائد ، أو سائق ، أو راكب ـ فإنه يكون القسامة عليه .

وإن اجتمع رجال : بعضهم قائد ، وبعضهم سائق . وبعضهم راكب ـ فيكون عليهم ، لأنه في أيديهم ، فصار كوجوده في دراهم .

وإن وجد في فلاة من الارض ينظر : إن كانت ملكا لإنسان : فالقسامة ، والدية ، على المالك ، وعلى قبيلته . وإن كان ذلك الموضع لا مالك له ، وكان موضعا يسمع فيه الصوت ، من مصر من الأمصار او

قـرية من القـرى فعليهم ، وإن كان لا يسمـع فيه الصـوت ، وليس بملك لأحد ـ فهو هدر ، لأنه لا يد لأحد عليه .

وكذلك في الدجلة والفرات ـ أراد في حق القسامة ، فـأما الـدية ففي بيت المال إذا ظهر أولياؤه .

فأما إذا وجد على شط نهر عظيم ، مثل دجلة والفرات ، فعلى أقـرب القرى ، من ذلك الموضع ، من حيث يسمع الصوت ، القسامة والدية .

ولو وجد القتيل في عسكر في الفلاة : فإن كانت ملكا ، فعـلى أرباب الفلاة ، وإن لم يكن لها مالك : فإن وجد في خبـاء أو فسطاط ، فعـلى من يسكن الخباء والفسطاط ، وعلى عواقلهم ، وإن وجد خارجاً من الفسـطاط والخباء ، فعلى أقرب الأخبية والفساطيط .

وإن كان العسكر لقوا قتالا فقاتلوا ، فلا قسـامة ، ولا ديـة ، في قتيل وجد بين أظهرهم ، لأن الظاهر أنه قتيل العدو .

ولو وجد قتيـل في دار نفسه ، فـديته عـلى ورثته ، وعلـى عاقلتهم ، وتكـون ميـراثـا لهم لـو فضـل من ديتـه عنـد أبي حنيفـة رضي الله عنـه ، وعندهما : لا شيء فيه ، وهو هدر ـ وبه أخذ زفر . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة ، مثله ـ لأن وجود القتيـل في الدار ، بمنـزلة مبـاشرة القتـل من صاحبها ، فإذا وجد القتيـل في دار نفسه ، فيصـير كأنـه قتل نفسـه ، وأبو حنيفة يقول : إن المعتبر ، في القسامة والدية ، حال ظهور القتيل ، بدليل أن مـات قبل ذلـك ، لا يدخـل في الديـة ، وحال ظهـور القتيل ، الـدار للورثة ، فيكون عليهم وعلى عاقلتهم ، كمن وجـد قتيلا في دار ابنـه ، أو بئر حفرها ابنه : أليس أن القسامة والدية على ابنه وعواقله ؟ ـ كذا هذا .

ثم يثبت الميراث له ، بعـدما صـار للمقتول ، حتى يقضى دينـه ، فما فضل يكون للورثة ، بسبب القرابة ـ والله أعلم .

هـذا الذي ذكـرنا إذا لم يـدع الأوليـاء عـلى رجـل بعينـه ، من أهـل المحلة .

فأما إذا ادعوا على رجـل بعينه : فـالقسامـة ، والديـة ، بحالهـا ـ في جواب ظاهر الرواية .

وروى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة ومحمد : أنه يسقط .

وقال أبو يوسف : القياس انه يسقط ، وفي الاستحسان أنه لا يسقط ، للأثر .

وجه ظاهـر الروايـة أن الظاهـر أن القاتـل أحد أهـل المحلة ، والولي يدعي ، إلا أنه عين ، وهو متهم في التعيين ، فلا يعتبر .

فأما إذا ادعى الولي القتل على رجل من غيرهم فيكون إبـراء لهم عن القسامة ، والدية ـ لأنه نفى القتل عنهم ، بدعواه على غيرهـم .

ولو شهد اثنـان ، من أهل المحلة ، للولي ، بهـذه الدعـوى : لم تقبل شهادتها ، في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : تقبل ـ وانما قال أبو حنيفـة هذا لأن أهـل المحلة صاروا خصـا في هذه الـدعوى ، فـلا تقبـل شهادتهم ، وإن خرجوا عن الخصومة ، بالإبراء ، كالوكيل إذا خـاصم ثم عزل فشهد : لا تقبل شهادته ـ كذا هذا .

وكذا لو ادعى الأوليـاء القتل ، عـلى واحد من أهـل المحلة ، بعينه ، فهشد شاهدان من أهل المحلة عليه : لم تقبل شهـادتها ، بـالاتفاق ، لأن الخصومة قائمة عليهم ، بعـد هذا الـدعوى ، عـلى ما بينـا ، فتكون هـذه شهادة لأنفسهـم ، فلا تقبل .

كتاب
الحدود

جمع في هذا الكتاب بين حد الزنا وحد القذف ، وبين التعزير - فيحتاج إلى :

بيان سبب وجوب كل واحد منها ،

وإلى بيان شرائط الوجوب .

وإلى بيان كيفية الحد ، ومقداره .

أما حد الزنا

فنوعان : الرجم ، والجلد مائة .

وسبب وجوبها جميعا هو الزنا ، إلا أن لوجوب الرجم شرائط : إذا وجد الكل يجب ، وإلا فيجب الجلد .

ولو أسقط الجلد للشبهة ، يجب العُقْر ، إذ الزنا ، في دار الإسلام ، لا يخلو عن عقوبة ، أو غرامة .

فنذكر :

الزنا الموجب للحد ،

وشرائط وجوب الرجم ،

وطريق ثبوته عند القاضي .

أما الزنا :

فهو : الوطء ، الحرام ، الخالي عن حقيقة الملك ، وحقيقة النكاح ، وعن شبهة الملك ، وعن شبهة النكاح ، وعن شبهة الاشتباه أيضا .

أما الوطء ففعل معلوم ، وهو إيلاج فرج الرجل في فرج المرأة .

وإنما شرطنا كونه **حراما** فإن وطء المجنون ووطء الصبي العاقل ، لا يكون زنا ، لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة .

وكذلك الوطء في **الملك والنكاح** ، وإن كان حراما ، لا يكون زنا ، كوطء الحائض ، والنفساء ، ووطء الجارية المجوسية ، والأخت من الرضاع ، والجارية المشتركة ، ونحوه .

وقوله الخالي عن شبهة الملك ، فإن وطيء جارية ابنه ، وجارية مكاتبه ، وجارية عبده المأذون المديون ، والجارية من المغنم في دار الحرب ، أو بعد الإحراز قبل القسمة ، فليس بزنا ، فإن شبهة الملك ، وهو الملك من وجه ، ثابت في هذه المواضع ، حتى لا يجب الحد ، وإن قال : « علمت أنها علي حرام » .

وقولنا عن شبهة العقد : فإن وطء امرأة تزوجها بغير شهود ، أو أمة تزوجت بغير إذن مولاها ، أو عبد تزوج بغير إذن مولاه ـ لا يكون زنا .

وكذا من تزوج أمة على حرة ، أو تزوج مجوسية ، أو خمسا في عقد أو جمع بين أختين ، أو تزوج من محارمه ـ فوطئها ، وقال : « علمت أنها علي حرام » : لا حد عليه عند أبي حنيفة ، وعندهما : يجب الحد في كل وطء ، حرام على التأبيد ، فوجود التزوج فيه لا يوجب شبهة ، وما ليس بحرام على التأبيد ، فالعقد يوجب شبهة ، كالنكاح بغير شهود ونحوه ـ والمسألة معروفة .

وأما شبهة الاشتباه ـ وهي أنه إذا وطيء فقال « ظننت أنها تحل لي » ـ

لا يجب الحد . وإذا قال « علمت أنها علي حرام » ـ فإنه يحد .

وجملة هذا أن دعوى الاشتباه معتبرة في سبعة مواضع : جارية الأب ، وجارية الأم ، وجارية الزوجة ، والمطلقة ثلاثا ما دامت في العدة ، وأم الولد ما دامت تعتد منه ، والعبد إذا وطىء جارية مولاه ، والجارية المرهونة في رواية كتاب الرهن . وفي أربعة مواضع لا يحد ، وإن قال « علمت أنها علي حرام » : جارية الابن وإن سفل ، والجارية المبيعة إذا وطئها البائع قبل القبض ، والجارية المتزوج عليها إذا كانت في يد الزوج والمطلقة طلاقا بائنا ، والجارية بين الشريكين .

وفيما سوى ما ذكرنا يجب الحد ، ولا يعتبر شبهة الاشتباه .

ومن وجد على فراشه ، أوفى بيته ، امرأة ، فوطئها ، وقال « ظننت أنها جاريتي » أو « امرأتي » ـ يحد لأنه لا يحل له الوطء مع الاشتباه .

فأما الاعمى إذا وجد على فراشه امرأة ، فوطئها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال زفر : لا يجب عليه الحد ، كما في المرأة المزفوفة الى بيت زوجها . وقال محمد : إذا دعا الزوج الأعمى امرأته ، فأجابته امرأة فقالت « أنا فلانة امرأتك » ـ فوطئها ، لا حد عليه ، فأما إذا اجابته ولم تقل « أنا فلانة » ـ يجب الحد ، لأنه في وسعه ان يتحفظ اكثر من هذا ، فلا يصير شبهة ، فيجب الحد .

وأما شرائط وجوب الرجم :

فأن يكونا محصنين .

والإحصان عندنا عبارة عن استجماع سبعة اشياء : البلوغ ، والعقل ، والإسلام ، والحرية ، والنكاح الصحيح، والدخول على وجه يوجب الغسل ، من غير إنزال ، وهما على صفة الإحصان .

وروي عن أبي يوسف ان الإسلام ليس بشرط ـ وهو قول الشافعي .

وكذا روي عنه : أنه لا يعتبر الدخول بها وهما على صفة الإحصان ـ حتى قال : ان المسلم إذا وطىء الكافرة صار بها محصنا .

وإذا وجد الوطء قبل الحرية ، ثم أعتقا صارا محصنين بالوطء المتقدم ـ والمسألة معروفة .

فإذا فات شرط من شرائط الإحصان ، يجب الجلد لا الرجم ، لقوله تعالى :﴿ فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾[1].

ولا يجمع بين الجلد والرجم ، بالاتفاق .

واختلفوا في الجمع بين الجلد والتغريب : فقال أصحابنا رحمهم الله : لا يجمع . وقال الشافعي : يجمع ـ والمسألة معروفة .

فأما طريق ثبوته عند القاضي :

فشيئان : البينة ، والإقرار .

أما مشاهدة القاضي الزنا ، في حالة القضاء أو قبل القضاء ، فلا يعتبر في حق الحدود ، بالإجماع ، وإن كان بين العلماء اختلاف في غيرهما من الأحكام .

أما البينة ـ فشهادة أربعة رجال ، عدول ، أحرار ، مسلمين ، على الزنا . ولا تقبل فيها شهادة النساء ، مع الرجال ، بلا خلاف .

وأما الإحصان : فيثبت بشهادة الرجال مع النساء ، عندنا ـ خلافا لزفر .

وأما الإقرار ـ فهو أن يقر المقر ، أربع مرات ، بالزنا ، عند الإمام ، في أربعة مواطن ، عندنا ـ خلافا للشافعي .

---

(١) النور : ٢ .

وينبغي للإمام ، إذا جاء الرجل وأقر بالزنا ، أن يزجره عن الإقرار ، ويظهر الكراهية من ذلك ، ويأمر بتنحيته عن المجلس ـ فإن عاد ثانيا ، فعل به مثل ذلك. وإن عاد ثالثا ، فعل به مثل ذلك .

فإذا أقر ، أربع مرات ، نظر في حاله : هل هو صحيح العقل ، وأنه ممن يجوز إقراره على نفسه؟ فإذا عرف ذلك ، سأله عن الزنا : ما هو ؟ وكيف زنى ؟ وبمن زنى ، ومتى زنى ؟ وأين زنى ؟ لاحتيال الشبهة في ذلك .

فإذا بين ذلك ، سأله : هل هو محصن ؟ فإن قال : هو محصن ، سأله عن الإحصان : ما هو؟ فإن فسره ، ووصفه بشرائطه : حكم عليه بالرجم ، وأمر بإقامته عليه .

ويعتبر اختلاف مجلس المقر ، لا اختلاف مجلس القاضي ، حتى إن القاضي إذا كان في مجلسه ، فأقر الزاني اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر ، يقام عليه الحد ، سواء تقادم العهد أو لا .

وإنما يعتبر التقادم مانعا في الشهادة : إذا شهدوا بعد تقادم العهد : لا تقبل ـ لأجل التهمة ، ولا تهمة في الإقرار .

ولو أقر ، بالزنا ، عند غير الإمام أو عند من ليس له ولاية إقامة الحد ، أربع مرات ـ فإنه لا يعتبر حتى إنه لو شهد الشهود ، على إقراره ، أربع مرات ، في مجالس مختلفة في حضرة من ليس له ولاية إقامة الحد ـ فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة ، لأن الزاني ، إن كان منكرا ، فقد رجع عن الإقرار ، وإن كان مقرا ، فلا عبرة لشهادة مع الإقرار .

ولو أنه إذا أقر أربع مرات ، عند القاضي ، ثم رجع ، بعد الحكم بالرجم ، أو قبله ، أو رجع ، بعدما رجم ، قبل الموت إن كان محصنا ، أو بعد ما ضرب بعض الجلد إذا لم يكن محصنا ، أو هرب ، فإنه يدرأ

الحد عنه ، لأن النبي عليه السلام لقن ماعزا[١] الرجوع حين أقر بين يديه بالزنا : « لعلك مسستها ! لعلك قبلتها ! » فلو لم يصح الرجوع ، لم يكن لهذا التلقين فائدة .

ثم إذا ثبت وجوب الرجم ، بالشهادة ، فالقاضي يأمر الشهود أولا بالرجم ، فإذا رجموا ، رجم الإمام بعدهم ، ثم الناس .

وقال الشافعي : البداءة بالشهود ليس بشرط .

فإن امتنع الشهود أو بعضهم عن الرجم سقط الرجم في قول أبي حنيفة ومحمد ، وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، لأن امتناعهم عن الرجم أورث شبهة الكذب في شهادتهم .

وفي الجلد لا يؤمر الشهود به ، لأن كل واحد لا يعرف الجلد على وجهه .

ولو جن الشهود أوخرسوا ، أو عموا ، أو ارتدوا ، أو ماتوا ـ سقط الحد ، لما قلنا .

ثم ينصب الرجل قائما ، ولا يربط بشيء ، ولا يحفر له حفيرة . لأنه ربما يفر ، فيكون دلالة الرجوع . وفي المرأة يحفر لها حفيرة ، للستر ، وفي رواية : لا بأس بترك الحفر .

فأما في الجلد فإنه يقام الرجل ، وتضرب المرأة قاعدة ، وينزع عن الرجل ثيابه ، إلا الإزار في الزاني ، وفي التعزيز ولا ينزع في القاذف إلا الفرو ، والحشو ، وفي الشارب روايتان ، وأشهرهما أنه يجرد .

---

(١) هو ماعز بن مالك الأسلمي الصحابي المعترف بالزنا المرجوم ، وهو معدود في المدنيين . وكتب له رسول الله ﷺ كتاباً بإسلام قومه . وروى عنه ابنه عبد الله حديثاً واحداً رحمه الله .

فالحاصل أن أشد الضرب هو التعزير ، ثم الجلد في الزنا ، ثم في الشرب ، ثم في القذف .

وفي المرأة لا ينزع الثياب ، إلا الفرو والحشو ، لأن كشف العورة حرام ، والزجر واجب .

ويضرب الحد في الأعضاء كلها متفرقا إلا في العضو الذي هو مقتل ، وهو الرأس والوجه والصدر والبطن ، والمذاكير ـ وهذا في حق الصحيح .

فأما المريض فلا يجلد حتى يبرأ ، وكذا الحامل حتى تضع حملها وتخرج عن النفاس ، لأن النفاس مرض ، بخلاف الحيض .

فأما الرجم فيقام في الأحوال كلها ، إلا في الحامل ، لأنه لا جناية من الحمل .

ولا تقام الحدود في المسجد ، وإنما تقام في موضع يشاهده الإمام ، أو يبعث امينه حتى يقام بين يديه .

وإذا مات المرجوم ، يدفع إلى أهله حتى يغسلوه ، ويكفنوه ، ويصلوا عليه ـ هكذا قال النبي عليه السلام في ماعز : « اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم » .

وأما حد القذف

فيحتاج الى :
بيان كيفيته ، وبيان مقداره ،
وإلى تفسير القذف الموجب للحد ،
وإلى بيان شرائطه .
وإلى بيان أحكامه .

أما الأول :

فحد القذف مقدر بثمانين سوطا ، لقوله تعالى : ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ . (١)

وأما تفسير القذف :

فهو نوعان :

أحدهما - أن أن يقذفه بصريح الزنا ، الخالي عن شبهة الزنا الذي لو أقام عليه أربعة من الشهود أو أقربه المقذوف - يجب عليه حد الزنا ، فإذا عجز القاذف عن إثباته بالحجة ، فينعقد سببا لوجوب حد القذف .

والثاني - أن ينفي نسب إنسان ، من أبيه المعروف، فيقول « لستَ بابن فلان » أو « هو ليس بأبيك » فهو قاذف لأمه ، كأنه قال : « أمك زانية » أو « زنت امك » .

ولو قال: « يا ابن الزاني » أو « يا ابن الزانية » - يكون قاذفا .

ولو قال : « لست لأمك » لا يكون قذفا .

ولو قال « أنت ابن فلان » لعمه ، أو خاله أو لزوج امه ، في غير حال الغضب - لا يكون قذفا ، لأنه ينسب إليه في العرف . وإن كان في حال الغضب ، على سبيل الشتم ، يكون قذفا .

ولو قال لرجل : « يا زانية » - لا يجب الحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، خلافا لمحمد .

ولو قال لامرأته : « يا زاني » ، يحد ، بالإجماع .

ولو قال « يا زانىء » بالهمزة ، وعنى به الصعود - يحد لأن العامة لا

---

(١) النور : ٤

تعرف هذا .

ولـو قال « زنـأت في الجبل » وعنى بـه الصعود: فعنـد أبي حنيفة وأبي يوسف : يحد ، لما قلنا ـ خلافا لمحمد .

ولو قال : « زنأت على الجبـل » ـ يحد ، بـالإجماع ، لأنـه لا يستعمل لفظه على الصعود .

وأما الشرائط :

فشروط وجوب الحد أن يكون المقذوف محصناً .

وشـرائط إحصان حد القذف خمسـة : العقل ، والبلوغ ، والحـريـة ، والإسلام ، والعفة عن الزنا .

وأما شرط ظهور حد القذف عند القاضي ، بالبينـة أو بالإقـرار ـ فهو خصومة المقذوف ، ومطالبته وحضرته عند الإقـامة ، لأن فيـه حق العبد ، وحق العبد لا يثبت إلا بمطالبته وخصومته .

ثم حق الخصـومةوالـطلب ، للمقذوف ، إذا كـان حيا ، سـواء كان حـاضرا أو غـائبا ، وليس لأحـد حق الخصومـة إلا بإنـابته عنـد أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : لا تصح وكالة في حد ولا قصاص .

وأجمعوا أنه لا يصـح الوكـالة في استيفـاء الحدود والقصـاص ، وعنوا بهذا انه لا بد من حضرة المقذوف ، وحضرة ولي القصاص ـ للاستيفـاء . فـأمـا إذا حضـر : ففي حـد القـذف : الاستيفـاء إلى الإمـام ، وفي القصـاص : إلى الولي . لكن إذا وكـل إنسانـا بالاستيفـاء ، بـين يـديه ، لعجزه وضعف قلبه ـ جاز ، بالإجماع .

ولـو أنه طلب المقـذوف الحد ، وخـاصم بين يـدي القاضي ، وحكم القاضي به ، ثم مات ، أو مات قبـل أن يطالب ، أو مـات بعدمـا ضرب

بعض الحد ـ بطل الحد وبطل ما بقي ، وإن كان سوطا واحدا ، ولا تبطل شهادة المقذوف ـ وهذا عندنا .

وعند الشافعي : يقوم الوارث مقامه ، في الخصومة ، والحضرة .

فالحاصل أن المغلب في حد القذف حق الله تعالى عندنا . وعنده : المغلب حق العبد ـ فلا يورث عندنا ، خلافا له .

وعلى هذا : لا يصح الصلح ، والعفو من المقذوف ، عندنا ـ خلافا له ، والمسألة معروفة .

هذا إذا قذفه في حال الحياة ، فأما إذا قذفه بعد الموت ، بالزنا ، فإن حق الخصومة فيه للوالد وإن علا ، وللولد وإن سفل ، ولاحق للأخ ، والعم والمولى ـ وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف حتى يدخل فيه أولاد البنات عندهما ، وعند محمد : لا يدخل إلا من يرث بالعصوبة .

وأما بيان الأحكام ـ فنقول :

اذا رفع المقذوف الأمر الى القاضي ، والقذف صحيح ، فلا يخلو : إما أن ينكر القاذف ، أو يقر .

فإن أنكر وطلب المقذوف من القاضي أن يؤجله حتى يقيم البينة ، وادعى أن له بينة ، حاضرة في المصر ـ فإنه يؤجله إلى أن يقوم من المجلس ، ويحبس المدعى عليه القذف ، فإن أقامها ، إلى آخر المجلس ، وإلا خلى سبيله ، ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه ـ وهذا قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : يأخذ منه كفيلا بنفسه ، حتى يحضر الشهود ، ولا يحبسه . وعن محمد أنه قال : أكفله ، ثلاثة أيام ، ولا أحبسه : فإن أقام شاهدا ، واحدا ، عدلا ، فإنه يحبس حتى يحضر الشاهد الآخر ، وإن أقام شاهدا غير عدل ، فإنه يؤجله إلى آخر المجلس .

وإن قال المقذوف « بينتي خارج المصر » أو « غائبون » : فإن القاضي يخلي سبيل القاذف ، على ما ذكرنا .

وإن أقام رجلاً وامرأتين : أو الشهادة على الشهادة ، أو كتاب القاضي في إثبات القذف ـ فلا يقبل ، لأن الذكورة شرط في الحد .

ولو أقام القاذف رجلا وامرأتين ، على أن المقذوف صدقه في قذفه له ، يقبل ، لأنها قامت على درء الحد .

وإن طلب المقذوف من القاضي ، أن يستحلف القاذف ـ فإنه لا يحلفه عندنا ، خلافا للشافعي ، بناء على أن حد القذف حق العباد عنده .

فإذا أقام البينة على القذف ، أو أقر القاذف ـ فإن القاضي يقول للقاذف « أقم البينة على صحة قولك » .

فإن أقام أربعة من الشهود ، على معاينة الزنا ، أو على إقراره بالزنا ، على الوجه الذي ذكرنا ـ يقيم حد الزنا ، على المقذوف ، ولا يقيم حد القذف على القاذف ، لأنه ظهر أنه صادق في مقالته .

فإن عجز عن إقامة البينة للحال ، وقال للقاضي « أجلني حتى أحضر البينة ، ولي بينة في المصر » فإنه يؤجله إلى قيام المجلس : فإن أقام البينة إلى آخر المجلس ، وإلا أقام عليه حد القذف، ولا يأخذ منه كفيلا ، حتى يذهب ، فيطلب شهوده ، ولكن يحبسه ، ويقول له « ابعث إلى شهودك » . وعلى قول أبي يوسف : يؤجل إلى المجلس الثاني .

وعن محمد أنه قال : إن لم يجد أحدا يبعثه إلى الشهود ، أتركه حتى يذهب ويحضر الشهود ، وأبعث معه شُرَطا حتى يحفظوه ولا أدعه حتى يفر : فإن عجز ، أقيم عليه الحد .

فإن ضرب بعض الحد ، فحضر الشهود ، وشهدوا ـ بطل الحد

الباقي ، وأقبل شهادتهم .

وإن شهدوا بعد إقامة الحد ، على صدق مقالته ـ تقبل شهادتهم ، ويظهر في حق الشهادة حتى لا يرد شهادته بعد ذلك .

وأما التعزير

فيجب في جناية ليست بموجبة للحد ، بأن قال « يا كافر » أو « يا فاسق » أو « يا فاجر » ونحو ذلك .

ويكون التعزير على قدر الجناية ، وعلى قدر مراتب الجاني : قد يكون بالتغليظ في القول ، وقد يكون بالحبس ، تقد يكون بالضرب .

وأقل التعزير ثلاثة أسواط فصاعداً، ولا يبلغ أربعين ، بل ينقص منه سوط ـ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف : في العبد ينقص من أربعين خمسة أسواط ، وفي الحر لا يبلغ ثمانين ، وينقص منه خمسة أسواط .

وأصله قوله عليه السلام : « من بلغ حدا ، في غير حد ـ فهو من المعتدين » .

ولا يؤخذ فيه الكفالة .

ولا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، ولا بالشهادة على الشهادة .

وعند محمد : يؤخذ فيه الكفيل ، وتقبل فيه الشهادة على الشهادة ، وشهادة النساء مع الرجال ـ وروي عنه أنها تقبل في حق الحبس أياما ثم يخرج ، ولا تقبل في حق الضرب .

كتاب
السرقة

قال رحمه الله :

جمع في الكتاب بين السرقة ، وقطع الطريق ، وتفسير البغاة ، وأحكامهم .

أما الأول ـ فنقول :

يحتاج إلى :
تفسير السرقة ، الموجبة للقطع ، في الشرع ،
وإلى بيان حكمها .

أما الأول :

فهو أخذ مال الغير ، على سبيل الخفية ، مع شرائطها :

منها ـ أن يكون السارق عاقلا ، بالغا .

ومنها ـ أن يكون المسروق مالا ، متقوما ـ حتى لو سرق الخمر ، والخنزير ، وجلد الميتة : فإنه لا قطع عليه .

ولو سرق حرا ، صغيرا ، فمات في يده ، أو مرض ـ فلا شيء عليه ولو اصابته آفة : من الوقوع في البئر أو افتراس السبع ـ يضمن ، لأنه تضييع له .

ومنها ـ أن يكون المال المسروق مقدرا ، عندنا ، بعشرة دراهم .

وعند مالك بثلاثين درهما . وعند الشافعي بربع دينار .

وتكلم العلماء في صفة الدراهم العشرة :

ذكر أبو الحسن الكرخي أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة . وكذا روي عن أبي يوسف ومحمد : أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبرا ، ما لم تكن مضروبة .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا سرق عشرة مما يروج بين الناس : قطع ـ فهذا يدل على أن التبر إذا كان رائجا ، يقطع فيه .

ويجب أن يكون وزن الدراهم العشرة وزن سبعة مثاقيل ، كما في نصاب الزكاة .

ويجب أن يكون قيمة المسروق عشرة ، من وقت السرقة ، إلى وقت القطع ، ولا ينتقص من حيث السعر .

وروي عن محمد أنه لا يعتبر نقصان السعر ، بعد الأخذ .

ولو سرق في بلد ، وأخذ في بلد أخرى ، لا يقطع ، ما لم تكن القيمة ، في البلدين ، عشرة .

فأما نقصان القيمة ، بانتقاص العين بعد الأخذ ، فلا عبرة به ، فيقطع ، لأنه لو هلك كله لقطع ، فكذا إذا انتقص .

وهذا الذي ذكرنا شرط في سرقة عشرة من حرز واحد : فإن أخذ عشرة ، من حرز واحد ، يقطع سواء كانت العشرة لواحد أو لجماعة ، لأنها سرقة واحدة ، من حرز واحد .

ولو أخرج عشرة لرجل : بعضها من دار ، وبعضها من دار أخرى ـ لا يجب القطع ، لأنه سرقتان بلا نصاب .

ولو أخرج من دار واحدة ، عشرة : مرة خمسة ، ومرة خمسة : لا

يقطع ما لم يوجد إخراج العشرة جملة : مرة واحدة .

ولـو حمل اللصـوص جملة متاعـا من الحرز ، دفعـة واحدة : فـإن بلغ قيمـة المتاع مقـدار ما تكـون حصة كـل واحد منهم نصـابا كـامـلا ، يجب القطع ، وإلا فلا .

ومنها ـ أن يكون المال المسروق ، محفوظا ، محرزا على الكمـال . وإنما يكون محرزا بأحد أمرين : إما أن يكون في مكان معـد للإحـراز ، عادة ، كـالدور ، والبيـوت ، والحـوانيت ، والصنـاديق . وإمـا أن يكـون محـرزا بالحافظ .

وفي القسم الأول ـ يكون المكان حرزا ، بنفسه سـواء كان ثمـة حافظ أو لا ، وذلـك أن يكون في الأمصـار ، والقـرى والخيـام ، والأخبيـة ، في المفاوز ، مع جماعة ممتنعة ، إلا إذا كان الباب مفتوحا ، في الليل والنهـار ، وليس ثمة حافظ ، فهذا لا يكون حرزا في العادة .

وأمـا القسم الثاني ـ فـأن لا يكون المكـان حرزا بنفسـه ، وإنما يكـون حرزا بالحافظ ـ وذلك نحو قارعة الطريق ، والمفازة ، والمساجد ـ فإن كان ثمة حافظ قريب من المال ، يكون حرزا ، سواء كان نائما أو يقظانا .

ولو كان العِدْل والجوالق على الدابة في حال السير ، فسرق رجـل من العدل ـ يقطع . ولو سرق والعِدْل نفسه ، والجوالق : لا يقطع ، لأن هذا غير محفوظ بالسائق .

ولو دخل السارق الحرز ، وأخذ منه متاعا ، فقبـل أن يخرجـه ، علم بـه صاحب الحـرز ، فأخـذه ـ لا يقطع ، لأنـه لم يوجـد منه الإخـراج من الحرز .

ولو أخذه السارق ورمى به إلى خارج الحرز ، فأخذه صاحبه ، ثم إن صاحب الحرز أخذ السارق من الحرز ـ لا يقطع ، لأنه لم تثبت يده عليه ،

عند الخروج ، لثبوت يد غيره .

ولو رماه من الحرز ، ثم خرج ، وأخذه : يجب القطع عندنا ، خلافا لزفر ، لأن هذا في حكم يده ، إذا لم يأخذه غيره .

ولو أخذ المتاع من الحرز ، وناول صاحبا له خارج الحرز : فلا قطع عليهما عند أبي حنيفة ، كيفما كان ، وقال محمد : إن أخرج الداخل يده يده من الحرز ، ونال الخارج : يقطع الداخل ، دون الخارج ، وإن أدخل الخارج يده في الحرز وأخذ : فلا قطع عليهما .

وقال أبو يوسف إذا أخرج الداخل يده : لا قطع عليه ، فأما الخارج إذا أدخل يده وأخذ منه : يجب القطع عليهما ـ لأن عنده دخول الحرز ليس بشرط ، إذا امكن السارق أخذ المال المحرز .

وعلى هذا : إن السارق إذا نقب الجدار وأدخل يده ، وأخذ متاعا يساوي عشرة دراهم : لا قطع عليه عند أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف : يقطع .

وكذا لو دخل الحرز ، وجمع المتع عند النقب ، ثم خرج وأدخل يده ، وأخرج ـ فهو على هذا الخلاف .

وكذا لو دخلوا الحرز ، وحملوا الأمتعة على ظهر رجل منهم ، أو رجلين حتى أخرجا الأمتعة ، وخرج الباقون من غير حمل شيء : القياس أن لا يقطع غير الحامل ، وفي الاستحسان : يقطعون ، لأن السرقة من الجماعة هكذا تكون عادة .

وكذا لو حملوا على دابة ، حتى خرجت بها من الحرز ـ يجب القطع .

وإن كان معهم صبي أو مجنون : لا قطع على الكل عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : إن باشرا الإخراج دون الكبار العاقلين : لا

قطع على الكل، وإن باشر الإخراج غيرهما : يجب القطع على الكبار .

ومنها ـ أن يكون المسروق أعيانا ، قابلة للادخار ، والإمساك ولا يتسارع إليها الفساد ـ حتى لو سرق ثمارا مجدودة ، محرزة في حظيرة عليها باب مغلق ، أو كان ثمة حافظ ، ولكن يتسارع اليها الفساد ، نحو العنب والتين ، والسفرجل ، والرطب والبقول : لا يقطع .

ولو كانت مما يبقى ، مثل الجوز ، واللوز ، والتمر اليابس ، والفواكه اليابسة : يجب القطع .

ولو كانت الثمرة الباقية على الشجر ، والحنطة في السنبلة لم تحصد ـ في حائط موثق ، أو ثمة حافظ : لا يجب القطع ، لأنه لم تستحكم ماليته بعد .

وعلى هذا ـ لو سرق اللحم الطري : أو اليابس : لا يجب القطع ، لأنه مما يتسارع إليه الفساد .

وعلى هذا : النبيذ الحلال ، والعصير ، واللبن ، بخلاف الخل والدِّبس .

ومنها ـ أن لا يكون المسروق شيئا يوجد مباح الأصل ، كالطيور والخشب والقصب ، والنُّورة واللبن ، إلا إذا كان شيئا له خطر عند الناس ، كالذهب والفضة واللعْل[1] والفيروزج والساج والعاج ونحوها ، أو يحدث فيه صنع كالسرير ونحوه .

ومنها ـ أن لا يكون مأذونا بالدخول في الحرز ، أو فيه شبهة الإذن ، كالسرقة من ذوي الرحم المحرم .

وكذلك عبد الرجل ، ومدبره ، ومكاتبه ، وخادمه ، وخادم امرأته ،

---

(١) اللعل حجر كريم والكلمة من الدخيل .

وأجيرهما ، وضيفهما ، ونحو ذلك .

وكذلك لو سرق العبد من ابن مولاه ، وأبـويه ـ لأنـه يدخل عليهم، عادة .

وإن سرق من غريمه : فإن كان من جنس دَيْنه ، وهو حال : لا يقطع وإن كان الدين مؤجلا : لا يقطع ، استحسانا . وإن كـان المسروق اكـثر من الـدين ، وتلك الزيـادة تكون نصبـا : فكذلـك ، لأن حقـه ثـابت في الجملة شائعا .

وإن كـان من خـلاف جنسـه : يقـطع ـ خـلافـا للشـافعي . وبعض أصحابنا قالوا : لا يقطع ، لاختلاف العلماء فيه من السلف .

ومنها ـ أن لا يكون المسروق شيئا لـه تأويـل الأخذ أو الإتـلاف ، كما إذا سرق مصحفا ، أو صليبا ، أو نرداً أو شطرنجا من ذهب أو فضة .

ومنها ـ أن لا يكون النصاب تبعا لما لا يقطع بسـرقته ، كـما إذا سرق كلبا أو سنورا وفي عنقه طوق ذهب أو فضة ، أو مصحفا مرصعا بـالذهب والياقوت، أو سرق صبيا حرا عليه حلى أو ثياب ديباج ـ لا يجب القطع .

وكذلك لو سرق إناء فضة فيه طعام ، وأخرجه من الحرز : كذلك لا يجب القطع . ولو صب الطعام ، وأخرج الإناء : يقطع .

ومنها ـ شرط ظهور السرقة ، الموجبـة للقطع ، عنـد القاضي ، وهـو خصومة المسروق منه ـ حتى لو شهدوا على السرقـة من غير خصـومة ، أو أقر السارق : فإن القاضي لا يقطع .

ولـو جاء السـارق ثانيـا إلى المـالـك ، ورد إليـه ، قبـل المـرافعـة إلى الحاكم : سقط الحد ، في المشهور ، عندنا .

وأما إذا ردها بعد المرافعة ، وسماع البينة : لا يسقط القطع ، سـواء

كان قبل القضاء أو بعده .

وأما إذا وهبها من السارق ، أو ملكها السارق ، بوجه ما : سقط القطع ، قبل القضاء ، وبعده ـ عندنا ، خلافا للشافعي .

ثم الشرط خصومة المسروق منه ، بأن كان صاحب ملك ، أو صاحب يد أمانة ، أو يد ضمان ، ويثبت السرقة في حق الاسترداد ، أما في حق القطع ، فعندنا : كذلك ـ وعند زفر : لا يثبت . والشافعي يقول : لا يعتبر خصومة غير المالك أصلا .

وأما السارق من السارق ، فإن خصومته لا تعتبر ، في حق القطع ، بالإجماع . وهل تعتبر في حق الاسترداد ؟ فيه روايتان .

وإنما تعتبر الخصومة إذا لم يتقادم العهد . فأما إذا تقادم عهد السرقة ، فلا يسمع الخصومة ، كما في حد الزنا ، على ما ذكرنا .

وأما قطاع الطريق والبغاة ـ فنقول :

إن قطاع الطريق، الذين لهم أحكام مخصوصة ، لهم شرائط :

أحدها ـ أن يكون لهم منعة وشوكة ، بحيث لا تمكن للمارة المقاومة معهم ، وقطعوا الطريق عليهم ، سواء كان بالسلاح ، أو بالعصا الكبيرة ، والحجر ، وغيرها .

والثاني ـ أن يكون ذلك خارج المصر ، بعيدا عنه . فأما في المصر وقريبا منه ، أو بين مصرين : فلا يكون قطع الطريق ـ وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وخلافا لأبي يوسف .

والثالث ـ أن يكون ذلك في دار الإسلام ، على أهل دار الإسلام .

والرابع ـ أن يوجد فيه ، جميع ما شرط في السرقة الصغرى ، حتى إن ما أخذوا لو قسم على القطاع ، فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم ـ

يجب القطع ، وإلا فلا .

ويشترط أن يكون القطاع ، كلهم ، أجانب ، في حق أصحاب الأموال ، وأن يكون كلهم من أهل وجوب القطع ، حتى إذا كان أحدهم ذا رحم محرم ، أو صبيا ، أو مجنونا : لا يجب عليهم القطع عند أبي حنيفة ومحمد ، خلافا لابي يوسف . وإذا كان معهم امرأة : ففيه روايتان ، والأصح أنه لا يقطع .

والخامس ـ أن يظفر بهم الإمام ، قبل التوبة ، ورد الأموال إلى أربابها .

أما أحكامهم ـ فنقول :

إن قطع الطريق على أربعة أنواع :

ـ إن أخذوا المال لا غير : تقطع أيديهم وأرجلهم ، من خلاف ، إذا كانوا صحيحي الأطراف .

ـ وإن قتلوا ، ولم يأخذوا المال : قتلوا .

ـ وإن أخذوا المال ، وقتلوا : فالإمام بالخيار : إن شاء قطع وقتل ، وإن شاء قتل لا غير ـ ثم هو مخير بين أن يقتله صلبا ، وبين أن يقتله بلا صلب .

ثم الكرخي يقول : يصلب حيا ، ثم يقتل ، والطحاوي يقول : يصلب مقتولا .

ـ وإن خوفوا بقطع الطريق لا غير : يحبسون ، ويعزرون حتى يتوبوا ـ وهو تفسير النفي لقوله تعالى : ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾[1] .

---

(1) المائدة : ٣٣ .

ثم إذا أقيم الحدان : القطع ، والقتل - فلا شيء عليهم من ضمان ما هلك من الأموال ، وضمان الجراحات والقتل ، لأن الحد مع الضمان لا يجتمعان .

وأما إذا فات شيء من الشرائط حتى لا يقام الحد عليهم ، فإنه يحكم القاضي بما هو حكم ذلك الفعل ، بدون قطع الطريق ، حتى إذا أخذوا المال لا غير : يجب الرد أو الضمان ، فإن قتلوا لا غير : يجب القصاص لا الحد - حتى إذا قتلوا بالسلاح ، يقتلوا ، ولا يقتلوا إذا قتلوا بغير السلاح .

ولا يقتل الرِدء (١) والمُعِين .

وإن خرجوا - إن أمكن استيفاء القصاص : يقتص منهم ، وإلا فيجب الضمان .

وأما البغاة :

فقوم لهم شوكة ومنعة ، وخالفوا المسلمين في بعض الأحكام ، بالتأويل ، كالخوارج وغيرهم ، وظهروا على بلدة من البلاد ، وكانوا في عسكر ، وأجروا أحكامهم .

فإذا قطعوا الطريق على أهل العدل ، من المسافرين - فلا يجب عليهم الحد ، لأنهم يدعون إباحة أموالهم عن تأويل ، ولهم منعة .

ولو جاء رجل من أهل البغي تائبا وأتى بسارق - قد سرق ماله - من أهل البغي : لا يقطعه الإمام العدل .

ولو كان رجل منهم في دار أهل العدل ، فسرق مال أهل العدل : يقطع ، وإن استحله ، لأنه لا منعة له - والله تعالى أعلم .

---

(١) الرِّدة المعين من رداه أعانه .

كتاب
الهبة

يحتاج إلى :

بيان مشروعية عقد الهبة .

وإلى بيان ركنه ،

وإلى بيان شرائط صحته ،

وإلى بيان حكمه .

أما الأول ـ فنقول :

الهبة عقد ، مشروع ، مندوب إليه ، بالكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب ـ فقوله تعالى : ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئا مريئاً[1] ﴾.

وأما السنة ـ فقوله عليه السلام : « تحابوا » ، وقال عليه السلام : « العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » .

وعليه الإجماع .

---

(١) النساء : ٤ .

وأما ركن الهبة :

فهو الإيجاب والقبول .

فالإيجاب قوله « وهبت هذا الشيء منك » أو « جعلته لك » أو « هذا لك » او « نحلته لك » أو قال « جعلت هذه الدار لك عمري أو عمرك أو حياتي أو حياتك ، فإذا مت فهو رد علي » ـ فهذا كله هبة ، وهي له حياته وموته ، والشرط الذي شرطه باطل ، على ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : « امسكوا عليكم أموالكم ، لا تعمروها[1]، فإن من أعمر شيئا كان لمن أعمره » .

ولو قال « هذه الدار لك رُقْبى[2] أو حبيسة » ودفعها إليه فهي عارية في يده ، ويأخذها منه متى شاء ، وقال أبو يوسف : إذا قبضها فهي هبة ، وقوله « رُقْبى وحبيسة » : باطل .

ولو قال « هذه الدار لك سكنى » أو « هذه الشاة أو هذه الأرض لك منحة » ـ فهي عارية في قولهم جميعا ، لأن المنحة عبارة عن بذل المنافع ، فإذا أضاف إلى عين ينتفع بها مع قيامها ، عمل بحقيقته ، فأما إذا أضاف إلى شيء لا ينتفع به ، إلا باستهلاكه ، كما إذا منحه طعاما ، أو لبنا ، أو دراهم ، أو دنانير ـ فإنه يكون هبة ، لأنه لا منفعة له مع قيام عينه . وعلى هذا قالوا : إن عارية الأعيان تمليك المنافع ، وعارية المكيل والموزون قرض ويكون تمليك العين .

وكذا لو قال « هذه الدار لك سكنى عمرى ، أو عمري سكنى » ، فهي عارية . وكذا اذا قال « هبة سكنى أو سكنى هبة » : فهي عارية .

---

(١) العُمْرَى ما يجعل لك طول عمرك أو عمره وعَمَرته إياه وأعمرته جعلته له عمره أو عمرى .

(٢) « معنى الرُّقْبى أنه يقول إن مت أنا قبلك فهو لك وإن مت أنت قبلي فهو لي : سمي الرُّقْبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته » .

وإن قال « هذه الدار لك عمري تسكنها أو صدقة تسكنها » : فهي هبة وصدقة ، وقوله « تسكنها أو تؤاجرها أو تعيرها » : يكون مشورة ، فيكون شرطا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة .

كذا لو قال « هي لك هبة تسكنها » - فهي هبة جائزة لما ذكرنا .

ولو وهب الرجل أمة ، على أن لا يبيعها - فالهبة جائزة ، والشرط باطل عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف أيضا .

وكذا لو شرط أن يتخذها أم ولد ، أو أن يبيعها من فلان ، أو يردها عليه بعد شهر - كانت الهبة جائزة ، والشرط باطل - وكان ينبغي أن لا يكون الشرط الفاسد مفسدا للعقد ، وإنما جاء الفساد لأجل النهي والنهي ورد في البيع وما ورد في غيره ، فبقي غيره على الأصل ، إلا إذا كان في معناه ، وأصله ما روي عن النبي عليه السلام أنه أجاز العُمْرَى وأبطل شرط المعمر .

أما شرائط الصحة :

فمنها - القبض : حتى لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض - وهذا عندنا .

وقال مالك : القبض ليس بشرط .

وأصله ما روي عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم أنهم قالوا : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة » .

ومنها - أن تكون الهبة مقسومة إذا كان يحتمل القسمة ، وتجوز إذا كان مشاعا لا يحتمل القسمة ، سواء كانت الهبة للشريك أو غيره .

وقال الشافعي : هبة المشاع جائزة .

وكذلك الخلاف في التصدق بالمشاع .

وأصله ما روينا عن الصحابة أنهم قالوا : « لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة » ، والحيازة يراد بها القسمة ههنا ، بالإجماع .

ومنها ـ أن تكون الهبة متميزة عن غير الموهوب وغير متصلة به ، ولا مشغولة بغير الموهوب ، حتى لو وهب أرضا فيها زرع للواهب دون الزرع ، أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة ، لا يجوز ، وكذلك لو وهب ثمرة النخل دون النخل ، أو الزرع دون الأرض ـ وقبض النخيل والثمرة والأرض والزرع : لا يجوز .

وكذا لو وهب دارا فيها متاع للواهب ، أو ظرفا فيه متاع للواهب دون المتاع ، أو وهب دابة عليها حمل للواهب دون الحمل ـ وقبضها : فإنه لا يجوز ، ولا يزول الملك عن الواهب إلى الموهوب له ، لأن الموهوب غير متميز عما ليس بموهوب ، فيكون بمنزلة هبة المشاع .

ولو قسم المشاع ، وسلم ما وهب : جاز .

وكذا في هذه الفصول ، إذا سلم الدار فارغة عن المتاع .

وكذا إذا حصد الزرع ، وجز الثمر ، ثم سلم النخل والأرض : جاز ، لأن الملك يثبت عند القبض ، فيعتبر حالة القبض وتكون الهبة موقوفة في حق ثبوت الملك إلى وقت الإفراز ، وفي كون الهبة ، في الحال ، فاسدة أم لا ، خلاف بين المشايخ ـ ولكن لا خلاف أنه إذا وجد التسليم بعد القسمة ، والإفراز : جاز .

ولو وهب دارا من رجلين ، أو كرا من طعام ، أو ألف درهم ، أو شيئا مما يقسم : فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : جائز .

والحاصل أن عند أبي حنيفة : الشيوع متى حصل عند القبض : فإنه يمنع صحة الهبة ، وإن حصل القبض في غير مشاع : جاز ـ فجوز هبة الاثنين من الواحد ، ولم يجوز هبة الواحد من الاثنين . واعتبر أبو يوسف

ومحمد في فساد العقد حصول الشيوع في الطرفين جميعا ، فجوزا هبة الواحد من اثنين وهبة الاثنين من الواحد .

ولو وهب عبدا من رجلين ، أو شيئا مما لا يقسم : جاز ، بالإجماع ، لأنه لا عبرة للشيوع فيما لا يحتمل القسمة في باب الهبة .

ولو وهب رجل لرجلين وقال : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا نصفها ولهذا نصفها » : فهو على الخلاف الذي ذكرناه .

ولو قال : « وهبت لك نصفها ولهذا نصفها » : لم يجز ، بالإجماع ، لأن العقد وقع في المشاع في كل نصف .

ولو قال : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها » : جاز عند محمد ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف : لا يجوز - فهما مرا على أصلهما ، وأبو يوسف فرق عند مخالفة النصيبين ، كما لو رهن عينا واحدة من اثنين : لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان ، فكذلك هذا .

ثم إن عند أبي حنيفة : إذا قسم وسلم إلى كل واحد منهما حصته مفرزة : جاز ، لما قلنا .

ولو تصدق بعشرة دراهم على مسكينين : جاز ، ولوتصدق على غنيين : لم يجز عند أبي حنيفة ، كالهبة من اثنين - لأن الصدقة تقع من المتصدق لله تعالى ، لا للفقير ، فلا يتحقق الشيوع ، والصدقة من الغنيين هبة : فلم تجز ، وقيل : على قوله : تجوز الصدقة من الغنيين ، لأنه يحل لهما صدقة التطوع .

ولو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته أو غنمه أو ما في ضروعها ، أو وهب له سمنا في لبن ، أو زبدا قبل أن يمخض . أو دهنا في سمسم قبل أن يعصر ، أو زيتا في زيتون ، أو دقيقا في حنطة - وسلطه على قبضه عند الولادة ، وعند استخراج ذلك : فإنه لا يجوز ، لأن بعض هذه

الأشياء معدوم عند العقد ، أو معجوز التسليم لمعنى في المحل ، أو مجهول حتى لا يكون محلا للبيع ، وإذا كان هكذا ، فيكون فاسدا ، لا موقوفا ، بخلاف ما ذكرنا من هبة المشاع ، والموهوب المتصل بغيره : حيث يجوز إذا سلم بعد الإفراز والفصل ، لأن المشاع قابل لحكمه ، لكن المانع هو العجز عن التسليم ، لمعنى في غيره ، فإذا زال المانع فينقلب جائزا .

ولو وهب جارية أو حيوانا ، واستثنى الحمل : جازت الهبة في الأم والحمل جميعا ، وبطل الاستثناء . **وجملة هذا أن العقود على ثلاثة أضرب :**

أحدها ـ إذا عقد على الأم ، دون الحمل : فسد العقد ، ويبطل الاستثناء ، وهو كالبيع والإجارة والرهن ، لأن الحمل تبع للأم في هذه العقود ، فكان موجبه ثبوت الحكم في الكل ، فإذا استثنى الحمل فقد نفى بعض موجب العقد ، ففسد العقد .

والثاني ـ أن يصح فيه العقد ، ويبطل الاستثناء ، وذلك مثل النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة ، لأن موجبه أن يثبت الحكم في الكل . وقد نفى بعض الموجب ، بالاستثناء ، فيكون شرطا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة .

والثالث ـ يجوز العقد والاستثناء ـ وهو الوصية : إذا اوصى بجارية إلا حملها ، صحت الوصية في الجارية ، وبقي الحمل للورثة ، لأن الحمل أصل في حق هذا التصرف ، حتى تجوز الوصية بالحمل ، فجاز الاستثناء .

ولو أعتق ما في بطن جاريته ، ثم وهبها : جازت الهبة في الأم .

ولو دبر ما في بطن جاريته ، ثم وهبها : لم يجز ـ فمن أصحابنا من

قال في المسألة روايتان ، ومنهم من فرق بين التدبير والإعتاق .

ولو وهب عبدا ، أو ثوبا ، أو عينا من الأعيان ، مفـرزا ، مقسومـا ، ولم يأذن له في قبضه ، فقبضه الموهوب له : فإن كان بحضرة الواهب يجوز استحساسنا ، والقياس أن لا يجوز : ذكـرها في الـزيادات . وإذا قـام من المجلس ، ثم قبض : لا يصح ، لأن القبض في الهبة بمنزلـة القبول في حق إثبات الحكم ، وذلك يصح في المجلس لا بعده ، كذلك هٰذا .

ولو وهب دينا له ، على رجل ، لرجـل ، وأذن له بقبضـه ممن عليه : جازت الهبة ، إذا قبض ذلـك ، استحسانـا ، والقياس ان لا يجـوز ، وهو قـول زفر، ولـو لم يـأذن لـه في قبض الـدين : لم تجـز الهبـة ، وإن قبضـه الموهوب له بحضرة الواهب .

ولو وهب العارية ، أو الوديعة ، وكل أمانة في يد إنسان من صـاحب اليد : فإنه يجوز ، ويثبت الملك للموهوب لـه ، وينوب قبض الأمـانة عن قبض الهبة ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يكـون قابضـا حتى يتمكن من قبضـه بالتخليـة ـ ووجه الاستحسـان أن الهبة تبـرع ، وقبض الأمـانـة ينـوب عنه ، بخـلاف ما إذا بـاع من المـودع ، لأن البيـع عقـد ضمـان ، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان .

ولو كانت العـين مضمونـة في يد إنسـان ، بالمثـل أو بالقيمـة ، كما في الغصب والمقبـوض عـلى سـوم الشـراء ، فـوهبهـا من صـاحب اليـد : تصح الهبة، ويبرأ عن الضمان ، فيكون قبضا غير مضمون .

ولو كانت مضمونة بغيرها ، كـالرهن والمبيـع ، فوهبهـا المالـك ، لمن هي في يده ـ فإنه لا يكون قابضا بـذلك مـا لم يقبضها قبضـا مستأنفـا بعد عقد الهبة ، لأنها إذا كانت مضمونة بغيرها لم تصح البراءة عنها بـالهبة فـلا يصير قبض أمانة ، ولا بد من تجانس القبضين حتى يتساويا .

ثم إذا صحت الهبةُ عند وجود شرائطها واحتجنا الى :

بيان الحكم ـ فنقول :

حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ، غير لازم ، حتى يصح الرجوع والفسخ عندنا .

وعند الشافعي : يقع الملك لازما ، إلا في هبة الولد لولده .

لكن يكره الرجوع في الهبة ، لأنه من باب الدناءة .

وللموهوب له أن يمتنع عن الرد .

ولا يصح الرجوع إلا بتراض أو بقضاء القاضي ، لأنه فسخ بعد تمام العقد ، فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض .

وإنما يمتنع الرجوع بأسباب :

منها ـ **العوض** ، للحديث : « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » ـ أي يعوض .

ولكن العوض نوعان : عوض مشروط في العقد ، وعوض متأخر عن العقد :

أما المشروط في العقد ـ بأن قال « وهبت لك هذا العبد على أن تعوضني هذا الثوب » ـ فحكمه أن لكل واحد أن يرجع في السلعتين جميعا ، ما لم يتقابضا . وإن قبض أحدهما دون الآخر : كان للقابض وغير القابض الرجوع . فإذا تقابضا جميعا : انقطع الرجوع ، وصار بمنزلة البيع ، وإن كان عقده عقد هبة ، حتى يرد كل واحد منهما بالعيب ، ويرجع في الاستحقاق ، وتثبت الشفعة ـ وهذا عندنا ، وعند زفر : عقده عقد بيع ـ حتى يشترط القبض عندنا ، لثبوت الملك في هذه الهبة ، ولا يصح في الشيوع ، وعنده بخلافه .

فأما العوض المتأخر عن العقد - فهو لإسقاط الرجوع ، فلا يصير في معنى المعاوضة ، لا ابتداء ولا انتهاء ، وإنما يكون المال الثاني عوضا عن الأول بالإضافة اليه نصا ، بأن أعطى للواهب شيئا ، وقال « هذا عوض عن هبتك » أو « قد نحلتك هذا عن هبتك » أو « كافأتك » أو « جازيتك » أو « أثبتك » أو قال « هذا بدل هبتك » أو « مكان هبتك » أو « قد تصدقتبهذا عليك بدلا من هبتك » - فإن هذا عوض في هذه الوجوه إذا وجد قبض العوض ، ويكون العوض هبة : تصح بما تصح به الهبة ، وتبطل بما تبطل به الهبة .

فأما إذا لم يضف العوض إلى الهبة الأولى : فإنها تكون هبة مبتدأة ،ويثبت حق الرجوع في الهبتين جميعا .

ومنها - العوض من حيث المعنى ، وهو ليس بعوض مالي ، كالثواب في الصدقة : فإنه يكون عوضا مانعا من الرجوع ، وكصلة الرحم المحرم ، وصلة الزوجية ، حتى لا يصح الرجوع في هبة ذوي الأرحام المحارم ، وهبة الزوجين لأنه قد حصل العوض معنى .

ومنها - إذا زادت في الهبة زيادة متصلة : بفعل الموهوب له ، أو بفعل غيره ، بأن كانت جارية مهزولة فسمنت ، أو كانت دارا فبنى الموهوب له فيها بناء ، أو كانت أرضا فغرس فيها أشجارا أو نصب فيها دولابا ، وهو مثبت في الأرض مبني فيها ، أو كان ثوبا فصبغه بعصفر ، أو قطعه قميصا وخاطه ، لأن الموهوب اختلط بغيره ، والرجوع لا يمكن في غير الموهوب ، فامتنع اصلا .

أما الزيادة المنفصلة ، كالأرش والولد والعقر : فلا تمنع الرجوع ، لأنه يمكن الفسخ في الأم والأصل ، دونها ، بخلاف زوائد المبيع ، لأن ثم يؤدي إلى الربا ،'لأنها عقد معوضة، بخلاف الهبة .

وأما نقصان الموهوب : فلا يمنع الرجوع ، لأنه فات بعضه ، ولو كان الكل قائما فرجع في البعض دون البعض، جاز ـ فكذا هذا .

ومنها ـ خروج الموهوب عن ملك الموهوب لـه ، بأن بـاع أو وهب ، لأن اختلاف الملكين كاختلاف العينين .

وكذا إذا مات الموهوب له ، لأن الملك ينتقل إلى ورثته .

وكذا اذا مات الواهب ، لأنه ينتقل الى ورثته .

وكذا لو هلك الموهوب ، لأنه زال الملك ، فلا يحتمل الفسخ .

ثم الـرجـوع في الهبـة بغيـر القضاء : فسـخ عنـدنـا ـ حتى يجـوز في المشاع ، ولا يشترط القبض ، خلافا لزفر ـ والمسألة معروفة .

ولو وهب رجل لابنـه الصغير شيئـا ـ صحت الهبة ، لأن قبض الأب كقبضه ، وكذا قبض جده بعده ، وقبض وصي الأب والجد بعدهما ، حتى لو وهب هؤلاء من الصغير ، والمال في أيديهم ـ صحت الهبـة ، ويصيرون قابضين للصغير ، وعلى هذا قالوا : إذا باع الأب ماله ، من ابنه الصغير ، ثم هلك المبيع عقيب البيع ، كان الهلاك عـلى الصغير ، لأنـه صار قـابضا بقبض الأب .

وكـذلك لـو وهب أجنبي للصغـير شيئـا ، فقبض ذلـك أحـد هؤلاء الأربعة ، لأن لهم ولاية التصرف في ماله .

ومن غـاب منهم غيبة منقـطعة ، فـالولايـة تنتقل إلى الأبعـد ، كما في ولاية النكاح .

ولا يجوز قبض غير هؤلاء عنه ، أجنبيا كان أو ذا رحم منه ، لأنـه لا ولايـة لهم عليه ، إلا إذا كـان الصغير في حجره وعياله ، فيكـون قبضه للهبة بمنزلة إيصال النفع إليه ، ويكون من باب الحفظ .

ولو قبض الصغير ، العاقل ، ما وهب له واحد من هؤلاء الأربعة ـ جاز قبضه ، استحسانا ، والقياس أن لا يجوز ، لأن هذا من باب النفع ، وقبض هؤلاء جائز عليه أيضا ، وإن كان عاقلا ، لأن النظر الكامل في هذا أن يملك كل واحد منهما ذلك .

ولو وهب الأب مال الصغير : لا يجوز ، لأنه تبرع ولو وهب بشرط العوض ، وقبل الآخر العوض ـ لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يجوز ـ فأبو حنيفة اعتبر نفس الهبة ، وهي من باب التبرع، ولا يملك الأب ذلك ، ومحمد يقول : هذا بمعنى البيع .

وعلى هذا الخلاف : المأذون والمكاتب ، إذا وهبا بشرط العوض ـ لم يجز عندهما ـ خلافا له .

ولو وهب رجل ، لعبد رجل ـ فإن القبول والقبض إلى العبد ، دون مولاه ، ويكون الملك لمولى بحكم أنه كسب عبده لأن الغرض هو وجه العبد فيكون هبة له ، ولا يجوز قبض المولى وقبوله عنه ، سواء كان على العبد دين أو لم يكن ، لأنه هبة للعبد .

وكذلك الجواب في المكاتب : أن قبول الهبة وقبضها إليه ، دون مولاه ، لأنه أحق بكسبه .

ويكون للواهب الرجوع إذا كان العبد أجنبيا في حقه ، وإن كان انتقل الملك إلى مولاه ، لأن ملك العبد غير مستقر فيه ، فكأن الملك وقع للمولى ابتداء .

وكذلك في المكاتب : إن عتق فظاهر ، لأنه استقر ملكه ، وإن عجز ، وصاركسبه للمولى، فله حق الرجوع في قول أبي يوسف ولم يجز الرجوع في قول محمد ـ بناء على أن عند أبي يوسف : كأن الملك وقع للمولى من الابتداء ، وعند محمد : كأنه ثبت من وقت العجز .

ولـو وهب الـرجـل لعبـد رجـل هبـة ، والـواهب ذو رحم محـرم من العبد ، دون المولى ، فإنه يرجع ، بالاتفاق . وأمـا إذا كان المـولى ذا رحم محرم من الواهب دون العبد : فعند أبي حنيفة : يرجع أيضاً،وعنـدهما : لا يـرجع ـ وهـذا بناء عـلى أن الملك في الهبة يقـع للمولى ، فيكـون هبـة من المـولى عندهمـا ، وإن كان ذا رحم محـرم : لا يرجـع ، وإن كان أجنبيـا : يرجع ، ولا عبرة لجانب العبـد ، وعند أبي حنيفـة : هذا هبـة للمولى من وجـه ، وللعبد من وجـه ، فلا تكـون صلة كاملة في حق كـل واحد عـلى الانفـراد ، والصلة الكاملة مـانعـة للرجـوع ، فـلا تتعـدى الى الصلة من وجه .

فـأما إذا كـانا جميعـا ذوي رحم محرم من الـواهب : ذكـر أبـو الحسن الكرخي عن محمد أن قياس قول أبي حنيفة : أن يرجع ، لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة .

وقال أبو جعفـر الهندواني : ليس لـه أن يرجـع في قولهم جميعـا ، لأن الهبة ـ لأيهما كانت ـ تمنع الرجوع .

وعلى هذا التفريع : لو وهب للمكاتب وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب :

فإن أدى المكاتب : اعتبر حاله ، لأنه استقر ملكه بالعتق .

وإن عجز : ففي قياس قول أبي حنيفة : يعتبر حال المولى ، كأن الهبة وقعت لـه من الابتـداء . وعنـد محمـد : لا يـرجـع ، لأن الكسب كـان للمكاتب ، وعند العجز ينتقل إلى المولى .

ولـو وهب الـرجـل أولاده ، فسلم الى الكبـار حصتهم ، وقبض هـو حصـة الصغار ـ جـاز ، لما قلنـا . ولكن ينبغي أن يسوي بـين أولاده ، في الهبة ، في قول أبي يوسف ، وفي قول محمد : يجزيـه إن أعطاهم عـلى قدر مواريثهم ـ والله أعلم بالصواب .

كتاب
الوديعة

اعلم أن عقد الوديعة مشروع ، ومندوب إليه ، لأن فيه إعانة لصاحبها لحفظ ماله ، والله تعالى يقول : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾[1] .

ثم عقد الوديعة استحفاظ من المودع ، وائتمان له ، فتكون الوديعة أمانة في يد المودع ، لوجود الائتمان من المودع ، ويلزمه حفظها ، إذا قبل الوديعة ، لأنه التزم الحفظ ، فيجب عليه أن يحفظ على الوجه الذي يحفظ ماله ، بحرزه ، وبيده . وبيد من كان ماله في يده ـ نعني بحرزه : الذي هو ملكه ، أو يستأجره ، أو يستعيره ، وليس الشرط أن يحفظه في الحرز الذي يحفظ فيه ماله ، ونعني بيد من كان ماله في يده : كل من كان في عياله ، حتى المستأجَر الذي استأجره مشاهرة بنفقته وكسوته ، دون الذي استأجره بالدراهم أو المستأجَر مياومة ، ويدخل فيه العبد المأذون الذي في يده ماله ، وشريك المفاوضة والعنان ، وإن لم يكونوا في عياله .

ثم إذا أخرجه من يده ، ودفعه إلى غيره ، وديعة : يصير ضامنا ، لأنه رضي بحفظه ، دون حفظ غيره ، من غير ضرورة ، حتى إذا وقع الحريق ونحوه في داره فأودع غيره : لا يضمن .

وأما مودع المودع ـ هل يضمن لو هلكت الوديعة ؟ فعند أبي حنيفة :

---

(١) المائدة : ٢ .

لا يضمن ، وعند أبي يوسف ومحمد : يضمن ، والمالك بالخيار : إن شاء ضمن المودع الأول ، وإن شاء ضمن الثاني ، فإن ضمن الأول : لا يرجع على الثاني ، وإن ضمن الثاني : يرجع على الأول .

ولو استهلك الثاني الوديعة ، فلصاحب الوديعة الخيار في تضمينها : فإن ضمن الأول : يرجع الأول على الثاني ، لأنه يصير ملكا له ، بالضمان ، فكأنه أودع ماله عنده ، وإن ضمن الثاني : لا يرجع على الأول ـ والمسألة معروفة .

فإن استرد المودع الأول ، من الثاني ، وحفظه بنفسه : يبرأ عن الضمان ، عندنا ـ خلافا للشافعي .

وعلى هذا : إذا استعمل الوديعة ، بأن ركب الدابة ، ولبس الثوب ـ ثم نزل ، ونزع : يعود أمينا ، عندنا ، خلافا للشافعي ـ والمسألة معروفة .

وفي المستأجر والمستعير ، إذا خالفا ثم تركا الخلاف : بقي الضمان ـ وعند بعضهم : هذا بمنزلة المودع .

ولو سافر بالوديعة : لا يضمن ، عند أبي حنيفة ، ولو أودع إنسانا : ضمن . وعندهما : يضمن ـ والمسألة معروفة .

ولو ردالوديعة إلى بيت المودع ، من غير حضرة المودع : يضمن .

وكذا إذا رد إلى يد من في عيال المالك ، لأنه لم يرض بيدهم حيث أودع ، وفي الإجارة والعارية : لا يضمن ، لعادة الناس ، حتى إن العارية إذا كانت شيئا نفيسا ـ قالوا : يضمن ، وقيل أيضا في الثياب كذلك ، وإنما العادة في بعض آلات البيت .

ولو بعث الوديعة مع من كان في عياله : لا يضمن .

ولو قال له : « احفظ في هذه الدار ولا تحفظ في هذا البيت » ، وإنه مثل غيره في الحرز ـ فلو حفظ في غيره : لا يضمن ، بخلاف الدارين .

ولـو قال : « احفظ في هـذا المصر ولا يخـرج » ـ يجب عليـه الحفظ في ذلـك المصر ، إلا إذا كـان ثمة عـذر ظاهـر ، بـأن قصـد السلطان أخـذه فأخرجه مع نفسه .

ولـو قال المـودَع : « هلكت الوديعـة عنـدي » أو « رددتهـا إليـك » ، وأنكر المودِع وقال : « لا ! بل أتلفتَها » ـ فالقول قول المـودَع ، لأنه أمـين في ذلك ، ولكن مع اليمين ، لأنه لـو أقر بـذلك يلزمـه ، فإن أقـام المودِع البينةعلى الإتلاف : يضمن المودَع ، وكـذا إذا حلف المودع على الإتلاف، فنكل . فلو اقام المودع البينة على أنه أتلفها المودع ، وأقام المودع البينة على أنها هلكت ، فبينة المودع أولى ، لأنها أكثر إثباتا . ولو أقام على إقرار المودع أنها هلكت : يقبل ، ويكون إكذابا لبينته .

ولو طلب المودع يمين المودع : « بالله ما يعلم أنها هلكت » ـ فالقاضي يحلفه ـ فإن حلف : يقضي بالضمان ، وإن نكل : يقضي بالبراءة .

وعلى هذا ـ إذا جحد الوديعة : فالقول قوله .

ولو أقام المودع البينة على الوديعة : يضمن المودع ـ فإن أقر بـالوديعـة وأقام المودع البينة على أنها هلكت قبـل جحوده الـوديعة : لا يقبـل ، لأنه بالجحود أكذب بينته . وإن أقام على إقرار المودع ، بذلك يقبل .

ولـو طلب من القاضي أن يحلف المودع « بـالله مـا يعلم أن الـوديعـة هلكت قبل جحوده إيـاها » : يحلفـه ـ فإن حلف يقضي بـالضمان ، وإن نكل : يقضي بالبراءة .

ولـو أودع رجلان عنـد رجل وديعـة ، وغابـا ، ثم حضر أحـدهمـا : فليس لـه أن يدفـع إليـه حصتـه ، مـا لم يجتمعـا وإن طلب منـه عنـد أبي

حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : له أن يقسم ، ويدفع إليه حصته ، ولا تصح القسمة في حق الغائب ، حتى لو هلك النصف الباقي في يده ، يكون للغائب أن يأخذ المودع نصفه الآخر .

ولو أودع رجل عند رجلين وديعة مما يقسم ، فلهما أن يقسماه ويأخذ كل واحد نصفه للحفظ ، لأنه رضي بحفظهما ، وأمكن من هذا الوجه .

ولو دفع أحدهما إلى صاحبه : ضمن النصف عند أبي حنيفة ، لأنه رضي بحفظهما ، لا بحفظ أحدهما ، وعندهما : لا يضمن .

وأجمعوا أنها إذا كانت لا تقسم : لا يضمن لأنه لا يمكن حفظهما في مكان واحد ، فكان راضيا بحفظ احدهما .

وعلى هذا ـ الخلاف في المرتهنين ، والوكيلين بالقبض .

ولو خلط الودية بمال نفسه : إن كان يمكن التمييز : لا شيء عليه ويميز ، وإن كان لا يمكن التمييز : يضمن الحافظ عند أبي حنيفة مثله لصاحبه .

وكذلك إذا كانت وديعتان ، فخلط إحداهما بالأخرى : يضمن مثل ذلك لصاحبهما ، وإذا أدى الضمان : حل له ذلك ، وعندهما : في الدراهم والدنانير ، إن شاء المالك : ضمنه مثله ، وإن شاء : أخذ نصف المخلوط .

وكذا في الوديعتين ، وفي سائر المكيلات والموزونات : إن شاء ضمنه كل واحد مثل حقه ، وإن شاء باعا المخلوط وقبضا الثمن ويأخذ صاحب الحنطة ثمن الحنطة ، غير مخلوط بالشعير ، ويأخذ صاحب الشعير ثمن الشعير غير مخلوط بالحنطة .

ولو مات المودع ، ولم يبين الوديعة : فإن كانت معروفة ، وهي

قـائمة : تـرد الى صاحبهـا . وإن لم تعرف : يضمن ، ويكـون صـاحبهـا شريكا للغرماء ـ والله تعالى أعلم .

كتاب
العارية

اعلم أن إطلاق اسم العارية في العرف بطريقتين : بطريق الحقيقة ، وبطريق المجاز .

أما بطريق الحقيقة :

فهو إعارة الأعيان التي ينتفع بها ، مع قيامها ، كالدور والعبيد والدواب ونحوها ، وهو تمليك منافع الأعيان ، عند عامة المشايخ .

وقال الكرخي : إنه عقد إباحة فانه ليس للمستعير أن يؤاجر ، ولو كان تمليكا لملك الإجارة ، كالمستأجر : يملك أن يؤاجر .

لكن هذا ليس بصحيح ، فإنه يملك أن يعير ، ولو كان إباحة لكان لا يملك ، كالمباح له الطعام : لا يملك الدفع إلى غيره ، إلا أنه لا يملك الإجارة ، لأنه عقد لازم ، والعارية تبرع ، فكيف يملك به ما هو لازم ، فيؤدي الى تغيير المشروع ؟

ثم العارية أمانة عندنا ، وعند الشافعي : مضمونة ـ وهي مسألة معروفة .

ولو شرط الضمان في العارية ـ هل يصح ؟ المشايخ مختلفون فيه :

وأما بطريق المجاز :

فهو إعارة المكيل والموزون ، وكل ما لا يمكن الانتفاع به إلا

باستهلاكه، فهو قرض حقيقة ،ولكن يسمى عارية مجازا ، لأنه لما رضي بالانتفاع به باستهلاكه ببدل ، كان تمليكا له ببدل ، وهو تفسير القرض ، ولا يلزم الأجل فيه ، كما في العارية .

ثم العارية قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة :

فالمطلقة :

أن يستعير شيئا ، ولم يبين أنه يستعمله بنفسه أو بغيره ، ولم يبين كيفية الاستعمال .

وحكمها أنه ينزل منزلة المالك ، فكل ما ينتفع به المالك ، ينتفع به المستعير من الركوب والحمل ، وله أن يركب غيره ـ ولكن يحمل بقدر المعتاد ، لا زيادة عليه ، لأن الزيادة تكون إتلافا .

فاما إذا بين أنه يستعمله بنفسه ـ فهذا على وجهين :

إن كان مما يتفاوت الناس في استعماله ، كالركوب واللبس : فإنه يختص به ، ولا يجوز له أن يركب غيره ، وأن يلبس غيره .

وإن كان شيئا لا يتفاوت ، كسكنى الدار : فله أن يعير غيره .

وكذا إذا سمي وقتا أو مكانا ، فجاوز ذلك المكان أو زاد على الوقت : يضمن ، لأن التخصيص مفيد .

فأما إذا بين مقدار الحمل والجنس: فإن حمله عليه أو زاد : يضمن ، بقدر الزيادة . ولو حمل عليه شيئا بخلاف جنسه : فإن كان مثله في الخفة أو أخف منه : لا يضمن ، وإن كان أثقل منه : يضمن ، إلا اذا كان شيئا فيه زيادة ضرر بالدابة : فيضمن ، وإن كان مثله في الوزن والثقل ، بأن استعار دابة ليحمل عليها مائة منٍّ من القطن ، فحمل عليها مائة منٍّ من الحديد : فإنه يضمن ، لأن ثقل الحديد يكون في موضع واحد ، وثقل

القطن يتفرق على جميع ظهرها وبدنها . وإن كان أثقل منه : فإن كان من الجنس المذكور : يضمن بقدر الزيادة ، وإن كان من خلاف الجنس : يضمن كل القيمة .

وليس للمستعير أن يؤاجر لما ذكرنا ـ فإن فعل : فهو ضامن من حين سلمه إلى المستأجر ، ويكون المعير بالخيار : إن شاء ضمن المستعير ، وإن شاء ضمن المستأجر ، لوجود التعدي منهما ـ فإن ضمن المستعير : لم يرجع على المستأجر ، لانه ملك العين بالضمان ، فكأنه آجر ملك نفسه ، فهلك وإن ضمن المستأجر : فإن كان لا يعلم أنه عارية ، يرجع على المستعير ، لأنه ضمن الدرك[1] ، بإيجاب عقد فيه بدل ، فيكون غرور ، فأما إذا كان يعلم فلا يرجع ، لأنه لا غرور فيه ، والرجوع بحكم الغرور .

ولو استعار أرضا على أن يبني فيها بناء ، أو يغرس فيها غرسا ـ فإما إن كان مطلقا أو مؤقتا إلى عشر سنين ونحوه :

فإن كان مطلقا ـ فبنى فيها أو غرس : فلصاحب الأرض أن يستردها في اي وقت شاء ، لأن العارية غير لازمة ، وعلى المستعير أن يأخذ غرسه وبناءه ، لأنه شغل أرض غيره ولم يرض صاحبه بذلك ، وليس للمستعير أن يضمن المعير قيمة غرسه وبنائه ويترك ذلك عليه ، لأنه لم يوجد منه الغرور ، لأن العارية تسترد على كل حال .

وعلى قول مالك : له أن يرجع عليه .

وإن كان مؤقتا ـ فله أن يسترد أيضا ، لكن المستعير بالخيار : إن شاء ضمن المعير قيمة غرسه ، وبنائه ، ويترك ذلك عليه ، لأنه غره حيث وقت وقتا طويلا ، ثم استرد قبل مضيه ، وإن شاء أخذ غرسه وبناءه إن لم يضر

(١) « الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع » ـ وبعبارة أخرى : « هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » .

القلع بأرض المعير ، فأما إذا إذا كان يضر بـه ، فالخيـار للمعير : إن شـاء أخذ الغرس والبناء ، بالضمان ، وإن شاء رضي بالقطع ,

فأما إذا أعـار الأرض ، ليزرع ، فـزرع ، ثم أراد ان يسترد والـزرع غير مدرك : فليس لـه ذلك ، وتبقى الأرض في يـده ، بطريق الإجـارة ، إلى أن يـأخـذ الغلة ، لأن هـذه مـدة يسيـرة معلومـة فيــه ، وفيه نظر من الجانبين ، بخـلاف الغرس والبنـاء : فإنـه لو انقلبت إجـارة ، يتضرر بـه المعير ، لطول المدة .

وإن اختلف المعير والمستعير في عـدد الأيام ، أو في مقـدار الحمل ، أو في المكان ـ فالقول قول المعير ، لأن المستعير قابض لنفسه ، فيكون سقوط الضمان بناء على الإذن له .

كتاب
الدعوى والبينات

الدعوى نوعان : صحيحة ، وفاسدة .

أما الصحيحة ـ فأن يوجد فيها شرائط الصحة ، بأن يدعى على خصم حاضر ، وأن يكون المدعى به شيئا ، معلوما ، معينا ، وأن يتعلق به حكم على المطلوب منه .

والفاسدة ـ أن لا يكون الخصم حاضرا ، وأن يكون المدعى به مجهولا ، لأنه لا يمكن للشهود الشهادة ، ولا للقاضي القضاء به . وأن لا تُلْزِم المطلوب منه ذلك ، بأن ادعى أنه وكيل فلان ، فالقاضي لا يسمع دعواه ، إذا أنكر الآخر ، لأنه يمكنه عزله للحال .

ثم إنما **يصير المدعى به معلوما** : إما بالإشارة إليه عند القاضي ، بأن كان منقولا في الدعوى ، وبالشهادة ، وإن لم يكن منقولا ، نحو العقار والرحى ونحوهما مما يمكن معرفته بالتحديد ـ فإعلامه بذلك ، وهو في العقار .

وما لا يمكن معرفته بالتحديد ، كحجر الرحى ، فينصب القاضي أمينا حتى يسمع الدعوى والبينة ، عند ذلك ، بالإشارة .

ثم المدعي من يلتمس ، بدعواه ، إثبات ملك على غيره ، في العين أو في الدين ، أو يثبت حقا . **والمدعى عليه** من يدفع ذلك عن نفسه وينفيه .

وقيل : المدعي من إذا ترك الدعوى يترك ، والمدعى عليه من إذا ترك الدعوى لم يترك .

وذكر محمد أن المدعى عليه هو المنكر .

إذا ثبت هذا ـ فنقول :

إذا جاء المدعي ، إلى القاضي ، مع خصمه ، فالقاضي يسأله : ماذا يدعي عليه ؟ فإذا ادعى المدعي دعوى ، صحيحة ، على خصم حاضر ـ سأل المدعى عليه عن جواب المدعي ، وقال : « أجب خصمك بلا أو نعم » ـ وما ذكرنا استحسان ، والقياس ما ذكر في الزيادات : أن المدعي إذا جاء إلى القاضي مع خصمه ، فإنه لا يسأل المدعي : ماذا يدعي ؟ حتى يبدأ المدعي بدعواه ، ثم إذا ادعى دعوى صحيحة ، وسمعها ، لا يسأل المدعى عليه عن جوابه ، ما لم يسأل المدعي منه ، أن يسأل المدعى عليه ، عن جوابه ، لأنه إنشاء الخصومة . لكن الصحيح هو الاستحسان ،لأن الخصمين ربما يعجزان عن ذلك لمهابة مجلس القاضي .

فإذا سأل المدعى عليه عن الجواب : فإذا أقر به أمره بتسليم المدعى به إلى المدعى ، وإن أنكر سأل المدعي عن البينة عند أبي حنيفة ، وعندهما : يحلف المدعى عليه ، إذا طلب المدعي منه الحلف ـ لأن عنده : إذا قال المدعي : « لي بينة حاضرة في المصر » ، فالقاضي لا يحلفه وعندهما : يحلفه ، فلذلك يسأل .

فإذا قال : « لا بينة لي » أو « ليس لي بينة حاضرة » ـ فإنه يحلف المدعى عليه ، إذا طلب المدعي اليمين ، لأن اليمين حقه ، فلا بد من طلبه . فإذا حلفه : فإن حلف : تنقطع الخصومة إلى وقت إقامة البينة ، وإن نكل : يقضي عليه بالنكول عندنا ، في الأموال ، وعند الشافعي : يرد اليمين إلى المدعي : فإذا حلف : يقضي له . وفي القصاص في

الطرف : يقضي بالنكول ، أيضا : عند أبي حنيفة ـ وعندهما : يقضي بالدية . وأما في النفس : فعندهما : يقضي بالدية أيضا . وعنده : لا يقضي بالقصاص ولا بالدية ، ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف ، وكذا لا يقضي بالنكول في الأشياء السبعة عند أبي حنيفة ، وعندهما : يقضي . وأجمعوا أنه لا يقضي بالنكول في الحدود .

وعلى هذا ـ الاستحلاف عنده : لا يستحلف في الأشياء السبعة ، وهي : النكاح ، والرق ، والولاء ، والنسب ، والرجعة ، والفيء في الإيلاء ، والاستيلاد ـ لأن الاستحلاف لأجل النكول ، وهو بذل وإباحة عند أبي حنيفة ، ولا يجري ذلك في هذه الأشياء. وعندهما : هو بمعنى الإقرار الذي فيه شبهة ، وهذه الأشياء مما يثبت بدليل فيه شبهة ـ وهذا مما يعرف في الخلافيات .

ثم الدعوى إما أن تكون في ملك مطلق او بسبب ، مع التاريخ أو بدونه ، ولا يخلو : إما إن كانت من الخارج على ذي اليد ، أو من الخارجين على ذي اليد ، أو من صاحبي اليد : أحدهما على صاحبه .

أما إذا كان الدعوى في ملك مطلق ـ فنقول :

ان كانت من الخارج على ذي اليد ، بلا تاريخ : فبينة الخارج أولى ، عندنا ـ وعند الشافعي : بينة اليد أولى ـ وهي مسألة معروفة .

وعلى هذا الخلاف : إذا أرخا ، وتاريخهما سواء ، لأنه لم يثبت سبق أحدهما ، فبقيت دعوى ملك مطلق .

فأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو قول محمد أولا ، ثم رجع بعد رجوعه من الرقة وقال : لا تقبل بينة ذي اليد على وقت ولا غيره إلا في النتاج ـ كذا ذكر ابن سماعة . وذكر محمد هذه المسألة في كتاب الدعوى ، وقال : عند أبي

حنيفة : يقضى بها للخارج ، ثم رجع وقال : يقضى بها لصاحب اليد وهو قول محمد أي قوله الأول ، لأن بينة صاحب اليد أثبتت أنه أول المالكين .

وأما إذا وقت أحدهما . ولم يوقت الآخر : فعند محمد : لا عبرة لتاريخ صاحب اليد . فالخارج أولى . وعند أبي يوسف : بينة صاحب الوقت أولى . وعن أبي حنيفة روايتان : في رواية مع محمد ، وفي رواية مع أبي يوسف .

أما إذا كانت الدعوى من الخارجين في ملك مطلق ، بلا تاريخ ، أو تاريخهما سواء ، والشيء في يد الثالث : فهو بينهما نصفان عندنا .

وللشافعي فيه قولان : في قول تهاترت البينتان وتبقى في يد صاحب اليد قضاء ترك ، وفي رواية : يقرع بينهما ويقضى للذي خرجت له القرعة ـ والمسألة معروفة .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو أولى ، بالاتفاق ، لأن بينة الخارجين مسموعة ، فيترجح أحدهما بالتاريخ .

وأما إذا وقت أحدهما ، دون الآخر : فهما سواء عند أبي حنيفة ، ولا عبرة بالتاريخ لجواز أن يكون الآخر لو وقت كان تاريخه أسبق . وعند أبي يوسف : صاحب الوقت أولى. وعند محمد : الذي أطلق أولى ، لأن الملك المطلق ملك من الأصل حكما حتى يستحق الزوائد به .

وأما إذا كان الشيء في أيديهما ، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له : فإنه يقضي لكل واحد منهما بنصف ما في يد صاحبه ، لأنه خارج في ذلك النصف .

ولو أقام أحدهما البينة : يقضى له بنصف ما في يد صاحبه ، وما في يده يترك في يده قضاء ترك .

ولو لم يكن لهما بينة : قضى بينهما نصفين ، قضاء ترك ، حتى لو أقام أحدهما البينة على صاحبه ، بعد ذلك ، تقبل .

وكذا إذا أرخا ، وتاريخهما سواء .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فعند أبي حنيفة وأبي يوسف : صاحب الوقت الأول ، أولى . وقال محمد : لا يعتبر الوقت في حق صاحب اليد ، فكان بينهما .

وأما إذا كان لأحدهما وقت دون الآخر ـ فعند أبي حنيفة ومحمد : لا عبرة للوقت ، فيكون بينهما . وقال أبو يوسف : هو لصاحب الوقت في حق صاحب اليد فكان بينهما .

وأما إذا كان لأحدهما وقت دون الآخر ـ فعند أبي حنيفة ومحمد : لا عبرة للوقت ، فيكون بينهما وقال أبو يوسف: هو لصاحب الوقت .

وأما إذا كان دعوى الملك بسبب :

فإن كان السبب هو الإرث : فإن كان أحدهما خارجا ، والآخر صاحب اليد ، وأقام كل واحد منهما البينة أنه ملكه : مات أبوه وتركه ميراثا له : فهو للخارج ، في قول أصحابنا جميعا ، لأن كل واحد منهما يثبت الملك للميت ، مطلقا ، فصار كما لو حضر المالكان وادعيا ملكا مطلقا : يكون للخارج ـ كذا هذا .

وكذا إذا أرخا ، وتاريخهما سواء ، أو ذكر أحدهما الوقت دون الآخر .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو لصاحب الوقت الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وفي قول محمد الآخر : للخارج .

وأما إذا كانا خارجين ، في دعوى الميراث ، على ثالث ، ووقت أحدهما أسبق : فهو له في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد

روايتان : في ظاهر الرواية : قال في الميراث : ذلك كله سواء وهو بينهما نصفان . وفي نوادر هشام : إن لم يؤرخا ملك الميتين : فهو بينهما نصفان ، وإن أرخا ملك الميتين : فهو لصاحب التاريخ الأول .

وكان أبو بكر الرازي يفرق لمحمد بين الميراث من اثنين ، وبين الشراء من اثنين ـ قال في الميراث : بينهما نصفان ، وفي شراء الخارجين من رجل واحد : إنه لصاحب الوقت الأول ، لأن المشتري يثبت الملك لنفسه ، والوارث يثبت الملك للميت .

لكن روي عن محمد في « الإملاء » في الخارجين إذا أقاما البينة على الشراء من واحد ، وأرخا : أن التاريخ لا يقبل إلا أن يؤرخا ملك البائع ـ وسوى بينه وبين الميراث .

وأما إذا كان السبب هو الشراء ـ بأن ادعى الخارج الشراء من صاحب اليد ، وهو منكر يقبل .

ولو ادعى صاحب اليد الشراء من خارج : يقبل أيضا ، لأنه يصح تلقي الملك من جهته .

فأما إذا ادعى كل واحد منهما الشراء من صاحبه ، من غير تاريخ : فلا يقضى بالبينتين عند أبي حنيفة وأبي يوسف وترك المدعى به في يد صاحب اليد .

وعند محمد : يقضي بالبينتين جميعا ، لأنه يمكن تصحيحهما ، ويجعل كأن الخارج باع من صاحب اليد ، وسلم اليه ، ثم باع صاحب اليد منه ، ولم يسلم إليه ، فيؤمر بالتسليم إليه ، ولا يمكن على العكس ، لأن بيع العقار قبل القبض ، عنده لا يجوز .

وأما إذا ارخا ، وتاريخ أحدهما أسبق : فإنه يقضى لآخرهما وقتا : أيهما كان ، والبيع الثاني ينقض البيع الأول عندهما . وقال محمد : يقضي

بها للخارج ـ وفي المسألة تفصيل لم يذكره الكرخي .

وأما إذا اقاما البينة على الشراء والقبض ـ فعندهما : تهاترت البينتان ، والمدعى لمن هو في يده . وعند محمد : يقضى بها للذي في يده ، والثمن بالثمن قصاصا ، كأن الخارج اشتراها من الداخل ، فقبضها ثم اشتراها الداخل منه ، وقبض لأن المذهب عنده أن القبض الموجود مهما أمكن ان يجعل قبض بيع ، يجعل حملا لأمر العاقل على الصحة .

وأما الخارجان إذا ادعيا الشراء على صاحب اليد : فإن كان واحدا ، وأقاما البينة على الشراء منه ، بثمن معلوم ، ولم يذكرا التاريخ ولا القبض ـ فإنه يجعل بينهما نصفين ، عندنا .

وعند الشافعي : في قول : تهاترت البينتان . وفي قول : يقرع بينهما .

فأما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق : فهو له .

وكذا إذا وقت أحدهما ، دون الآخر : فهو لصاحب الوقت ، لأنه ثبت سبق بيع أحدهما ، وبيع الآخر معنى حادث ، ولا يعلم تاريخه فيحكم به للحال .

وأما إذا لم يكن لواحد منهما تاريخ ، ولكن له قبض ، بأن كان في يد أحدهما : فهو أولى ، لأنه يحمل على قبض البيع ، والبيع الثاني حادث ، ولم يعرف تاريخهما ، فجعل كأن بيع صاحب القبض أسبق .

فإن ذكر الآخر تاريخا ، ولأحدهما تاريخ ، وللآخر قبض : لم يعتبر التاريخ إلا أن يشهدوا أن بيعه كان قبل بيع الذي الشيء في يده ، فيقضي له به ، ويرجع الآخر بالثمن على البائع .

فأما إذا ادعى كل واحد منهما الشراء ، من رجل غير الذي ادعى

عليه صاحبه ، وأقاما البينة ـ فهو بينهما نصفـان ، لأن المشتريـين قامـا مقام البائعين ، كأنهما حضرا وأقاما البينة ، والمال بينهما نصفان .

ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق : يكون له عند أبي حنيفة وأبي يـوسف ومحمـد ـ وهذه روايـة الأصول . وقـد ذكرنـا فرق أبي بكـر الرازق وروايـة الإملاء عن محمد ، في هذا الفصل ، فلا نعيده .

ثم في هذه المسائـل ـ في الشراء : يثبت الخيـار لكل واحـد من مدعي الشراء ، لأنه يدعي شراء الكـل ، فلا يـرضى بالنصف ، مـع الشركـة ، وهي عيب : فإن اختار أخذ النصف : يرجـع على البـائع بنصف الثمن ، لاستحقاق نصف المبيع ، وإن اختار الرد : رجـع بجميع الثمن لانفســاخ البيع . وإن اختار أحدهما الرد والآخر الأخذ : فإن كان قبل تخيـير الحاكم لهمـا والحكـم لهما نصفين : فإنه يأخذ جميع المبيـع ، بجميع الثمن ، لأنـه استحقـه ، بحكم العقد ، وإنمـا امتنع لأجـل المزاحمـة ، فإذا تـرك الآخـر الخصـومة ، فله ذلـك ، بحكم العقد . فـأما إذا كـان بعد حكم الحـاكم بينهما : فيأخذ النصف ، بنصف الثمن ، لأنه ، بحكمه ، ينفسخ العقد ، في النصف ، ولا يعود إلا بالتجديد .

وأما دعوى النتاج :

فإن ادعى الخارج ، وذو اليد ، النتاج في دابة ، فهي لصاحب اليد ، لأنتهما ادعيا أولية الملك ، فاستويا في الدعوى ، فيـرجح بـاليد ـ وفي عـين هذه المسألة ورد حديث جابر[1] عن النبي عليه السلام .

وإن ادعى أحـدهما النتـاج : فهـو لصحب اليـد ، أيهـما كـان ، لمـا ذكرنا .

(١) هو جابر بن عبد الله الصحابي ابن الصحابي ـ أحـد المكثرين الـرواية عن رسـول الله ﷺ . وروى عنه جماعـات من أئمة التـابعين منهم سعيـد بن المسيب . وتوفي بـالمدينـة سنة ٧٣ هـ . (أو ٧٨ أو ٦٨) وهو ابن اربع وتسعين سنة .

وإن كان خارجان ادعيا النتاج ، وهو في يد ثالث يدعي ملكا مطلقا : فهي بين الخارجين ، نصفان ، لاستوائهما .

ثم ظاهر مذهبنا أنه يقضى لصاحب اليد ، لا أن يترك في يده بلا قضاء .

وروى عيسى بن أبان[1] أنه تتهاتر البينتان ، ويترك في يده صاحب اليد قضاء ترك ـ وهذا خلاف مذهبنا : فإن الخارجين يقضى بينهما ، ولو كان ترك في يد صاحب اليد ، لا بطريق القضاء ، ينبغي أن يكون لصاحب اليد ، إذا تهاترت البينتان .

فإن أرخا ، فإنه ينظر :

إن كان سن النتاج يوافق أحد التاريخين فهو له .

وإن أشكل الأمر : سقط حكم التاريخ ، وجعل كأنهما لم يذكرا التاريخ .

وإن خالف الوقتين : ذكر في ظاهر الرواية أنه لا عبرة للتاريخ ، والحكم فيه ما ذكرنا من غير تاريخ . وذكر الحاكم أن في رواية أبي الليث[2] : تهاترت البينتان ، ويبقى النتاج في يد صاحب اليد ، قضاء ترك ـ وهو الأصح .

كذا الجواب في كل ما لا يتكرر فيه سبب الملك ، ولا يعاد ، ولا يصنع مرتين : فهو كالنتاج .

---

(١) تفقه على محمد بن الحسن وقد توفي سنة ٢٢١ هـ . بالبصرة وهو قاض عليها . وله كتاب الحجج . ومن تلاميذه أبو خازم القاضي أستاذ الطحاوي . وقيل : ما في الإسلام قاض أفقه من عيسى .

(٢) لعله نصر أبو الليث الحافظ السمرقندي .

وما يتكرر فيه سبب الملك ، ويصنع مرتين : فهو على التفصيل الذي ذكرنا من دعوى الملك المطلق وبالسبب .

وإذا كان حائط بين دارين ، وليس لواحد منهما عليه جذوع ، ولا له اتصال بالبناء : فإنه يكون بينهما لاستوائهما في الاستظلال .

وإن كان لأحدهما عليه جذوع : فالحائط له ، لأنه مستعمل له .

وإن كان لهما جذوع ، على السواء : فهو لهما ، لاستوائهما .

وإن كان لأحدهما أكثر : ذكر الكرخي أنه إذا كان لأحدهما ثلاثة فصاعدا ، وللآخر كثير : فهما سواء . أما إذا كان لأحدهما ما دون الثلاثة ، وللآخر اكثر : فهو لصاحب الكثير ـ وكذا ذكر محمد في «كتاب الإقرار » ، وذكر « في كتاب الدعوى » أن لكل واحد منهما ما تحت خشبته ، ولا يكون له كل الحائط .

وإن لم يكن لهما جذوع ، ولأحدهما اتصال بالبناء من جانب واحد . أي يكون بعض ألبان الحائط المدعى به في حائط مملوك له ـ قال : صاحب الاتصال أولى .

وذكر في « الأصل » أنه إذا كان اتصال تربيع : فهو أولى من صاحب الجذوع .

وروي عن أبي يوسف أنه إذا كان الاتصال من الطرفين : كان أولى من صاحب الجذوع .

والمراد من اتصال التربيع أن يكون بعض الألبان متداخلا في البعض ، كالأزْج[1] والطاقات[2] ، وأبو يوسف اعتبر هذا في جانبي الحائط

(١) الأزج بيت يبنى طولاً ويقال الأزْج السقف والجمع آزاج .

(٢) الطاق ما عُطف من الأبنية والجمع طاقات وطيقان .

المدعى به متصلا بحائطي المدعى ، لأن هذا دليل على أن باني الحائط هو ، ثم لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع في هذه المسألة .

وكذا إذا كان له جذع واحد : فالحائط لصاحب الأكثر ، وله حق الوضع ، وليس لصاحبه أن يرفع إلا إذا أقام البينة أن الحائط له ، فحينئذ يرفع ، لأن البينة دليل مطلق .

وإن كان خُصّا[1] بين شخصين ، والقُمُط[2] إلى أحدهما ، وادعى كل واحد الخُصّ : فهو بينهما عند أبي حنيفة ولا يرجح بكون القمط في جانبه . وقالا بأن صاحب القمط أولى .

ولو كان وجه البناء أو الطاقات على الحائط في أحد الجانبين : فلا يرجح هذا ، بالإجماع ، لأن هذا لا يختص بالملك .

ولو كان لأحدهما سفل ، وللآخر علو : فليس لصاحب السفل أن يتصرف تصرفا لم يكن في القديم ، وإن كان لا يتضرر به صاحبه عند أبي حنيفة . وعندهما : لا بأس به اذا لم يكن فيه ضرر ـ وكذا صاحب العلو .

ولو انهدما ، فامتنع صاحب السفل عن البناء : لا يجبر عليه ، لأن الإنسان لا يجبر على عمارة بيته ، لكن يقال لصاحب العلو : « ابن بمالك السفل ، وضع عليه علوك ، وارجع عليه بقيمته مبنيا ، وامنع الآخر عن السكنى حتى يدفع القيمة » .

وكذا الجواب في الحائط بين الدارين .

ولو هدمه أحدهما : يجبر على العمارة ـ والله تعالى أعلم .

---

(١) الخص البيت من العقب والجمع أخصاص .

(٢) القُمُط الشُرُط جمع شريط وهو ما يعمل من ليف وخوص وقيل القمط الخُشُب التي تكون على ظاهر الخص أو باطنه يشد اليها حَرادِيُّ القصب أو رؤوسه .

كتاب
الإقرار

قال رحمه الله :

يحتاج في هذا الكتاب إلى :
بيان كون الإقرار حجة ،
وإلى بيان ألفاظ الإقرار ،
وإلى بيان شرائط صحته ،
وإلى بيان أنواع المقر به ،
وما يتصل بذلك من الفرق بين حالة الصحة وحالة المرض .

أما بيان كون الإقرار حجة :

فإنه خبر صدق ، أو راجح صدقه على كذبه ، فإن المال محبوب المرء ، طبعا ، فلا يقر به ، لغيره ، كاذبا .

وأما بيان ألفاظ الإقرار ـ فنقول :

إذا قال : « لفلان عليَّ كذا » أو « لفلان قِبَلي كذا » ـ فهو إقرار ، لأن « علي » كلمة إيجاب لغة ، والقَبالة والكفالة اسم للضمان .

وكذا إذا قال : « لفلان في مالي ألف درهم » ـ فهو إقرار له بذلك في مال . لكن لم يبين محمد في « الأصل » أنه يكون مضموناً أو لا ، وذكر أبو بكر الرازي ، أنه إقرار بالشركة ، فيكون ذلك القدر المقربه عنده أمانة

وقال بعض مشايخ العراق : إن كان ماله محصوراً : فهو إقرار بالشركة ، وإ كان غير محصور : فهو إقرار في ذمته .

وإن قال : « له من مالي ألف درهم » ـ فهو هبة : لا تصير ملكاً له إلا بقبوله والتسليم من المقر .

ولو قال : « له عندي ألف درهم » ـ فهو وديعة .

وكذا لو قال : « معي » أو « في منزلي » أو « في بيتي » أو « في صندوقي » أو « في كيسي » ـ لأنها لا تختص بالإيجاب ، فيحمل على الأدنى .

هذا الذي ذكرنا إذا ذكر هذه الألفاظ مطلقاً .

فأما إذا قرن بها لفظاً آخر ، مخالفاً للأول في المعنى ، بأن قال : « لفلان عليّ ـ أو : قِبَلي ـ ألف درهم وديعة » : يكون وديعة ، لأنه بيان معتبر ، فيصح ، بشرط الوصل ، كالاستثناء .

أما إذا ذكر مطلقاً وقال : « عنيت به الوديعة » ـ لا يصدق ، لأنه خلاف الظاهر ، فلا يصدق على الغير .

وإن قال « لفلان عندي ـ أو : معي ـ ألف درهم قرضاً » ـ فهو إقرار ، لأنه بيان معتبر .

ولو قال : « عندي كذا ، وأعني به الإقرار » ـ صدق ، وإن فصل ، لأن هذا إقرار على نفسه ، فلا يتهم .

ولو قال : « له من مالي ألف درهم لا حق لي فيها » ـ فهو إقرار .

ولو قال : « لفلان عندي ألف درهم وديعة قرضاً ، أو وديعة ديناً » ، أو مضاربة قرضا أو دينا ، أو بضاعة قرضاً أو دينا » ـ فهو إقرار إذا ادعى المقر له الدين ، لأن الضمان قد يطرأ على الأمانة .

ولو قال : « لفلان عندي ألف درهم عارية » ـ فهو قرض .

وكذا في كل ما يكال أو يوزن ـ لأن إعارة ما لا ينتفع باعيانها إلا بالاستهلاك : يكون قرضاً في العرف .

وأما بيان الشرائط :

فالعقل والبلوغ : شرط ، بلا خلاف ، لأنه لا يصح بدونهما التصرف الضار .

وأما الحرية : فهي شرط في بعض الأشياء ، دون بعض ، على ما نذكر .

وكذا الرضا والطوع : شرط ـ حتى لا يصح إقرار المكره بشيء ، على ما يعرف في « كتاب الإكراه » .

وأما بيان أنواع المقر به :

فهو نوعان في الأصل : حقوق الله تعالى ، والثاني حقوق العباد .

أما حقوق الله تعالى ـ فنوعان :

أحدهما ـ أن يكون خالصا لله : كحد الشرب ، والزنا ، والسرقة ـ والإقرار به صحيح ، من الحر والعبد .

ولو رجع المقر عن ذلك ، قبل الاستيفاء : بطل الحد ، لاحتمال الصدق في الرجوع ، فأورث شبهة .

ويكتفى في ذلك بالإقرار مرة ، إلا في الزنا : فإنه يشترط العدد أربع مرات ، لحديث ماعز ، بخلاف القياس .

وروي عن أبي يوسف أنه اعتبر عدد الإقرار بعدد الشهادة : فشرط في السرقة والشرب : الإقرار مرتين ـ لكن روي عنه أنه رجع .

ويستوي الجواب ، في الإقرار بالحدود بين تقادم العهد وعدمه ، إلا في شرب الخمر : فإنه لا يؤخذ به عند أبي حنيفة وأبي يوسف بعد ذهاب رائحة الخمر ، استحسانا ـ لحديث ابن مسعود . وعند محمد : يؤخذ به وهو القياس .

فأما حد القذف : فقد ذكرناه في كتاب الحدود .

وأما حقوق العباد ـ فأنواع :

منها ـ القصاص والدية .

ومنها ـ الاموال .

ومنها ـ الطلاق والعتاق وحق الشفعة ـ ونحو ذلك .

والمال قد يكون عينا وقد يكون دينا ، وقد يكون معلوما وقد يكون مجهولا ، وقد يكون الإقرار في الصحة وقد يكون في المرض ـ فنذكر جملة ذلك ان شاء الله تعالى .

أما إقرار العبد ـ فنذكره في كتاب المأذون إن شاء الله تعالى .

وأما الحر ـ فإقراره بالمال ، صحيح ، كيفما كان ، سواء كان بالمال المقرّ به عيناً أو ديناً ، وسواء كان معلوما أو مجهولا ، وعليه البيان . فجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ، وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة والقضاء ، لأنه لا يمكن القضاء بالمجهول ، فأما في الإقرار فيؤمر بالبيان والقول قوله ـ بيانه :

ـ إذا أقر انه « غصب من فلان مالا » أو « لفلان عليه شيء أو حق » ـ فإنه يؤمر بالبيان : فإذا بين شيئا له قيمة ، ويجري فيه المنع والشح : يصدق . وإن كان بخلافه : يجبر على بيان شيء له قيمة .

ـ في الغصب إذا قال : « غصبت منه شيئا » ـ فبين ما لا قيمة له ،

بـأن قال « غصبت منـه صبيـا حـراً صغيـراً » أو « خمـراً لمسلم » أو « جلد ميتة » : يصدق ، لأن هذا مما يغصب عادة .

ـ ولـو قـال : « غصبت شــاة أو عبـدا أو جــاريـة » فبــين سليـما أو مع العيب، أوقال : « غصبت دارا » فبين في بلدة قريبة أو في بلدة بعيدة ـ يصدق ، لأن الغصب يكون على مـا يتفق فيكون القـول قولـه ، إلا أن في غصب الـدار : إن أمكنـه تسليمهـا إليـه : يسلم ، ولا ضمــان عليـه إن خرجت أو عجز عن التسليم إلا عند محمد : فـإنه يجب عليـه القيمة عنـد العجز ـ وهي مسألة معروفة .

ـ ولـو قال : « عـليّ قفيز حنـطة » ـ فهو بقفيـز البلد الذي أقـر فيه ، فكذلك الرطل والأمنان والصنجات ـ فذلك كله على وزن البلد .

ـ ولـو قال : «عليّ ألف درهم » ـ فهو عـلى ما يتعـارفه أهـل البلد من الأوزان أو العدد ،وإن لم يكن شيئا متعـارفا ، فيحمـل على وزن سبعـة ، فإنه الوزن المعتبر في الشرع ، وكذلك في الدينـار : يعتبر وزن المثـاقيل إلا في موضع يتعارف فيه بخلافه .

ـ ولـو قال : « لفـلان عليّ دريهم » أو « دنينـير » ـ فعليـه التـام ، لأن التصغـير قد يـذكر لصغـر الحجم ، وقد يكـون لاستحقار الـدرهم ، وقد يكون لخفة الوزن ، فلا ينتقص الوزن بالشك .

ـ ولو قال : « لفلان عليّ دراهم أو دنـانير » ـ يقـع على ثـلاثة ، لأنها أقل الجمع .

ـ ولو قال : « علي دراهم كثيرة » ـ يقـع على عشـرة عند أبي حنيفـة ، وعندهما : على النصاب وهو مائتا درهم .

ـ ولو قال : « عـليّ مال عـظيم » أو « كثير » أو « كبـير » ـ فعليه مـائتا

درهم ، بلا خلاف ، عند بعضهم . وقيل : على قول ابي حنيفة : يقع على العشرة . وقيل : يعتبر حال المقر : إن كان غنيا يقع على ما يستعظم عند الاغنياء ، وإن كان فقيرا يقع على النصاب .

- ولو قال : « غصبت إبلا كثيرة » أو « شياها كثيرة » - يقع على أقل النصاب من جنسه .

- وإن قال : « عليّ حنطة كثيرة » - يقع عندهما على خمسة أوسق ، وعند أبي حنيفة : البيان إليه .

- وإن قال : « عليّ أموال عظام » - روي عن أبي يوسف أنه يقع على ستمائة ، لأن أقل الجمع ثلاثة .

ولو قال : « عليّ ثلاثة دراهم غير درهم » - يلزمه درهمان ، لأن كلمة « غيرَ » بالنصب للاستثناء .

- وكذا إذا قال : « عليّ ثلاثة آلاف درهم غير ألف » - يلزمه ألفان لما قلنا .

- وكذا لو قال : « علي ثلاثة دراهم إلا درهما » - فعليه درهمان .

- ولو قال : « علي عشرة إلا ثلاثة » - يلزمه سبعة .

- ولو قال : « إلا سبعة » : يلزمه ثلاثة ، لأن الاستثناء تكلم بالباقي .

وفي الاستثناء من الاستثناء: يكون الاستثناء من المستثنى ، لا من المستثنى منه ، ويلحق ذلك بالمستثنى منه .

- إذا قال : « على عشرة دراهم إلا ثلاثة إلا درهما » - يلزمه ثمانية ، لأن ثلاثة صارت مستثناة من العشرة ، ثم الاستثناء الثاني من الثلاثة ،

لأنه أقرب إليه ، فيخرج درهم ويلتحق بالمستثنى منه ، وهو سبعة ، فصار ثمانية .

ـ ولو قال : « لفلان عليَّ عشرة دراهم إلا ثوبا » ـ لا يصح الاستثناء عندنا . وعند الشافعي : يصح ، ويخرج قدر قيمة الثوب .

ـ ولو استثنى شيئاً من المكيل والموزون ، بأن قال : « عليّ عشرة دراهم إلا قفيز حنطة » أو علي « مائة دينار إلا عشرة دراهم » ـ يصح الاستثناء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، ويخرج من المستثنى منه قدر قيمة القفيز والعشرة ، لأن الجنس واحد وهو القدر ، وقال محمد وزفر رحمهما الله : لا يصح الاستثناء كما في الثوب .

ـ ولو قال لفلان : « عليّ الف درهم إلا قليلا » ـ يلزمه اكثر من النصف ، والقول قوله في الزيادة مع يمينه .

ـ وكذا إذا قال : « عليَّ قريب من ألف » أو « زهاء ألف » أو « عُظْم الألف » لأن هذا أكثر من النصف بيقين ، وفي الزيادة : القول قوله .

ـ ولو قال : « علي ألف ونيف » ـ فعليه الألف ، وعليه بيان النيف ، لأنه عبارة عن الزيادة .

ولو قال : « عليَّ ألف ودرهم » أو « عليَّ مائة ودينار » ـ يكون المعطوف عليه من جنس المعطوف ، بالاتفاق .

وكذلك في جميع المكيل ، والموزون ، والعددي المتقارب .

ـ وأما في العروض والعددي المفاوات ، بأن قال : « عليّ عشرة وثوب» أو « عشرة وعبد » أو « عشرة ودابة » ـ فعلى قول محمد : يلزمه المعطوف المسمى ، والقول قوله في بيان المعطوف عليه ؛ وعلى قول أبي يوسف : يكون المعطوف عليه من جنس المعطوف ، لأن العرف على هذا .

ولـو قـال : « لفـلان عـليَّ ألف ـ لا ! بـل الفـان » ـ فجملة هـذا ان « الاستـدراك في الاقرارات ثـلاثة أنـواع : إما أن يكـون في خلاف جنس الأول ، أو يكـون في جنس الأول واستـدرك الغلط في القـدر من الكثـرة والقلة ، أو في الصفة من الجودة والرداءة .

فأما الأول ـ فبأن يقول : « عليّ ألف درهم ـ لا ! بل مـائة دينـار » أو « كر حنطة ـ لا ! بل كر شعير » . وحكمه أنـه يلزمهما جميعـا ، لأن الغلط فيه نادر ، والنادر ملحق بالعدم .

وأمـا الثاني ـ بـأن قال « عـليّ ألف درهم ـ لا ! بل ألفـان » أو قال : « علي دينار ـ لا ! بل ديناران » فيلزمه الأكثر ، استحسـانا ، والقيـاس أن يلزمهما جميعا ، كما في خلاف الجنس ، وكـما في الطلاق إذا قـال : « أنت طـالق واحدة ـ لا ! بـل ثنتـين » ـ يقـع الثـلاث ، وهـو قـول أبي يـوسف ومحمد ، وفي الاستحسان أنه إخبار ، ويجري فيه الغلط ، فيصـح التدارك بخـلاف إنشاء الـطلاق حتى إن في الإخبار كـذلـك ، بـأن قـال : « كنت طلقت امرأتي أمس واحدة ـ لا ! بل ثنتين » : يقع على الأكثر .

وأما الثالث ـ بأن قال : « علي ألف درهم سود ـ لا ! بل بيض » . أو قال : « عليّ قفيز حنطة جيدة ـ لا ! بل وسط » : فيلزمه الأجود .

ـ ولـو قال : « لفـلان عليّ ألف ثمن مبيع إلا أنه زيـوف » ـ فعند أبي حنيفة رحمة الله عليه : يلزمه الجيد ، ولا يصدق ، سواء وصل أو فصل ، كـما لو قـال : « بعتـك هـذا العبـد عـلى أنه معيب » : لم يصـدق ، وإن وصل ـ وعندهما : إن وصل يصدق ، وإن فصل لا يصدق .

وفي القرض روايتان عنه .

ـ وإذا قال : « علي ألف درهم » مطلقا ، ثم قال « زيوف » ـ يصـدق بشرط الوصل في قولهم .

وفي الغصب والوديعة : يصدق ، وصل أو فصل .

ـ ولو قال : « عليّ من ثمن بيع ، ألف دُرهم ستوقة[1]، أو رصاصا » ـ لا يصدق عند أبي حنيفة ، وعن أبي يوسف أنه يصدق إذا وصل .

وفي البيع الفاسد وفي الغصب والوديعة : يصدق في الستوقة ، بشرط الوصل ، في قولهم جميعا .

ـ ولو قال : « له عليّ ألف درهم » ثم قال : « هو ثمن عبد لم أقبضه منه » ـ لم يصدق في قول أبي حنيفة ، إلا أن يقول موصولا ، والعبد قائم بعينه ، في يد المقر له ، وعندهما : إن صدقه المقر له كان القول قوله ، وإن لم يصدقه كان الألف له ، لازما عليه .

ـ ولو قال : « اقتضيت من فلان ألف درهم التي لي عليه » أو قال : « استوفيت » أو « قبضت » أو « أخذت » ـ وقال المقر له : « لم يكن لك عليّ شيء » ـ يؤمر بردها إليه ، مع يمينه ، على ما يدعيه المقر .

ـ ولو قال : « أخذت من فلان ألف درهم وديعة » ، فقال فلان : « بل أخذتها غصبا » ـ فالقول قول المقر له ، لما قلنا .

ـ ولو قال : « أودعني فلان ألف درهم » أو قال : « أعطاني وديعة » ، فقال : « لا ! بل أخذتها غصبا » ـ فالقول قول المقر ، لأنه ما أقر بسبب الضمان ، وهو الأخذ .

ثم الإقرار في حالة الصحة ـ يصح للأجنبي والوارث جميعا ، من جميع المال ، ولا يكون الدين المتقدم أولى ، ويكون الغرماء أسوة إذا صار مريضا : ليس له أن يؤثر البعض في القضاء ، وفي الأداء في حالة الصحة له أن يؤثر البعض ، لأن الدين يثبت في الذمة حالة الصحة ، وإنما ينتقل

---

(١) السّتوق ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب الأكثر .

إلى المال بالمرض ـ فكذلك على هذا .

أما الإقرار في المرض ـ فيصح للأجنبي من جميع المال ، ولا يصح للوارث إلا إذا أجاز الورثة ، لكن دين الصحة مقدم على دين المرض الثابت بإقراره . أما إذا ثبت بالبينة ، أو بمشاهدة القاضي ، فهما سواء .

وإقرار المريض باستيفاء الدين في حالة المرض : يصح ، سواء كان دين الصحة أو دين المرض في الجملة ـ وهذا في حق الأجنبي ، وله تفاصيل كثيرة .

وأما الإقرار بالوارث من المريض أو من الصحيح ـ فنوعان : في حق النسب ، وفي حق الميراث .

أما في النسب ـ فمن الرجل يصح بخمسة نفر : بالوالدين ، وبالولد ، وبالزوجة ، وبكونه مولى لفلان ـ لأنه ليس فيه تحميل النسب على غيره .

ومن المرأة يصح بأربعة : بالوالدين ، وبالزوج ، وبالولاء ، دون الولد ، لأن فيه تحميل النسب على الغير .

ولا يصح الإقرار بالأخ والعم والخال في حق النسب ونحو ذلك ، لما فيه من تحميل النسب ، فلا بد من البينة .

فأما في حق الميراث ـ فإن لم يكن للمقر وارث ظاهر : صح إقراره في حق الإرث ، لأنه إقرار على نفسه . فأما إذا كان له وارث ظاهر : فلا يصح في حقه ، وإن كان الذي أقر به ، مقدما عليه ، بأن أقر بالأخ وله خال وعمة ، لأن فيه إبطال حق القريب . وكذلك لو كان له مولى الموالاة ، لأنه آخر الورثة ، فلا يصح إقراره في حقه .

ولو أوصى بجميع ماله ، ثم أقر بأخ : صح إقراره ، وتنفذ الوصية من الثلث .

وكذا لو أقر بأخ ، ثم أوصى بجميع ماله : يصح من الثلث ، لأن إقراره بالأخ صحيح في حقه إن لم يصح في حق غيره .

ولو أقر بالأخ ، ثم رجع : صح ، لأنه ثبت بقوله .

وعلى هذا ـ الوارث إذا أقر بوارث آخر : يصح في حق نصيبه ، حتى إن الأخ إذا أقر بأخ آخر ، فإن ما في يده يكون بينهما نصفين .

وهذا كله إذا صدقه المقر له في ذلك ، فأما إذا لم يصدقه : لم يثبت .

كتاب
الوصايا

في هذا الكتاب فصلان :
فصل في الوصية ،
وفصل في الإيصاء .

نبدأ بالوصية ـ فنقول :

نحتاج إلى :
بيان الوصية ،
وإلى بيان صفة المشروعية ،
وإلى بيان شرائط الصحة ،
وإلى بيان الموصى به ،
وإلى بيان الموصى له ،
وما يتصل بهذه الجملة .

أما الوصية

فهي تمليك ، مضاف إلى ما بعد الموت ، بطريق التبرع ، إذ التمليك أنواع ثلاثة ، فلا بد لكل نوع من اسم خاص ليتميز عن صاحبه : فالبيع اسم لتمليك عين المال بعوض في حالة الحياة، والهبة والصدقة تمليك عين المال بغير عوض في حالة الحياة بطريق التبرع ، والعارية تمليك المنفعة بطريق التبرع في حالة الحياة ـ فيكون الوصية اسماً لتمليك المال ، بعد

الموت ، بطريق التبرع ، في العين والمنافع جميعاً .

فأما الإعتاق في مرض الموت تنجيزاً ، وكذا الهبة ، والمحاباة ـ فليست من جملة الوصية : فإنها نافذة للحال . وكذلك الكفالة ، وضمان الدرك[1] ـ لكن في معنى الوصية على معنى أنه يعتبر من ثلث المال ، لتعلق حق الغرماء بالتركة في مرض الموت .

ولو كان عليه حجة الإسلام ، أو الزكاة ، أو الكفارات ، وجبت في الصحة أو في المرض ـ فيبطل بالموت عندنا . ولو أوصى بها : تصح من الثلث ، بمنزلة التبرع في المرض .

وعلى هذا قلنا : إن القبول من الموصى له ، والرد ، يعتبر بعد الموت ، لأن الإيجاب ينزل بعد الموت ، والقبول يشترط عند الإيجاب ، كما في البيع وغيره ـ وهذا عندنا .

وعند زفر : القبول ليس بشرط ، ولا ترتد بالرد ، كالميراث .

ولو رد ، أو قبل ، في حياة الموصي : لا يصح ـ حتى لو مات الموصى له ، بعد القبول ، قبل موت الموصي : فإن الوصية لا يكون ملكاً لورثة الموصى له .

ولو مات الموصى له ، بعد موت الموصي ، قبل القبول والرد : فالقياس : أن لا يكون لورثة الموصى له شيء ، لأن القبول لم يوجد من الموصى له ، فيبطل . وفي الاستحسان : يصير لورثته : إما لأنه وجد القبول منه دلالة ، أو لأن الإيجاب قد تم بنفسه ، وتوقف على قبوله ، فاذا مات : ثبت الملك له ، كأنه قبل دلالة ـ كالمشتري بالخيار : إذا مات يلزم العقد . فلو رد ورثته بعد موته ـ هل يصح ردهم ؟ اختلف المشايخ فيه : قيل : يجوز الرد ، لأنه صح لوجود القبول منهم دلالة ، فإذا وجد الرد

(١) الدرك « هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » .

صريحاً : يبطل . وقيل : لا يجوز ، لأنه صار ميراثاً ، للورثة ، عن الموصى له ، لصيرورته ملكاً له ، بالموت ، ولا يصح رد الميراث .

وأما بيان المشروعية ـ فنقول :

قال بعضهم : مشروعة، بصفة الوجوب ، في حق الكل .

وقال بعضهم : واجبة في حق الوالدين ، لقوله تعالى : ﴿ الوصية للوالدين والأقربين ﴾[1] .

والصحيح أنها مشروعة بطريق الندب ، لقوله عليه السلام : « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم ، في آخر أعماركم ، زيادة في أعمالكم » .

وأما شرائط الصحة :

فمنها ـ أهلية التبرع : حتى لا يصح من الصبي ، والعبد والمكاتب في حق المولى .

ومنها ـ عدم الدين : لقوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾[2].

ومنها ـ التقدير بثلث التركة : حتى إنها لا تصح ، فيما زاد على الثلث ، إلا أن يجيز الورثة ، وإجازتهم وردهم يصح بعد الموت . أما قبل الموت : فلا يصح ، لما قلنا : إن الملك بالوصية يثبت بعد الموت .

ومنها ـ أن يكون الموصى له أجنبياً : حتى إن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة ، لقوله عليه السلام : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » ـ فإن أجاز بعض الورثة : تنفذ بقدر حصته من الميراث لا غير .

---

(١) البقرة : ١٨٠ .

(٢) وردت في الآيتين ١١ و ١٢ من سورة النساء .

ومنها ـ أن لا يكون قاتلاً ، لقوله عليه السلام : « لا وصية لقاتل » . ولو أجاز الورثة : يجوز عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنه لا يجوز لحق الورثة ، فيجوز بإجازتهم ، كما في وصية الوارث . وعند أبي يوسف : لا يجوز ، لأن المانع حق الله تعالى ، فصار كالميراث .

ومنها ـ أن يكون الموصى له موجوداً،حياً: حتى لو أوصى للجنين : إن كان موجوداً حياً عند الإيصاء ، يصح ، وإلا فلا . وإنما يعرف بأن ولد ، قبل ستة أشهر ، حياً .

وأما بيان الموصى به :

فالموصى به يجب أن يكون مالاً .

ثم المال نوعان : المنافع ، والأعيان .

أما الوصية بالمنافع :

فجائزة ـ بأن أوصى بخدمة عبد بعينه ، لفلان : يكون وصية بالخدمة له ، وعين العبد تكون للورثة ، ما دام الموصى له حياً ، وإذا مات فيسلم العبد إلى الورثة ، فإنها في معنى العارية المؤبدة ، فينتهي بموت الموصى له .

وكذا لو أوصى بالعبد لإنسان وبخدمته لآخر ـ جاز ، لما قلنا .

وكذا لو أوصى بسكنى داره ، أو بغلة بستانه ، ولم يوقت في ذلك وقتاً ـ فيكون للموصى له مدة حياته ، ويعود البستان والدار إلى الورثة ، وما كان من الثمرة والغلة حاصلاً قبل موت الموصى له ، فيكون لورثته ، وما يحصل بعد موته يكون لورثة الموصى . وإنما يجوز إذا خرج من الثلث ، وإنما يعتبر خروج قيمة الأعيان التي أوصى بغلتها وخدمتها وثمرتها من الثلث ، دون أن يضم الغلة وقيمة الثمرة والخدمة إلى رقبة الأعيان .

ولو أوصى بالثمرة أو بالغلة للمساكين : جاز ، بالإجماع .

ولو أوصى بسكنى داره ، أو بخدمة عبده ، أو بظهر فرسه للمساكين : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : يجوز .

ولو أوصى لفقير واحد بعينه : جاز ـ وهي مسألة معروفة .

وأما الوصية بأعيان الأموال :

فإنه يجوز ، سواء كان الموصى به موجوداً معيناً ، أو بربع المال أو ثلثه أو خمسه وله مال ، أو أوصى بالمعدوم ، بأن يوصي بما يثمر نخله أو ما يخرج من بستانه ، أو بثلث ماله ولا مال له : فإن الوصية جائزة من الثلث . ويعتبر الثلث وقت موت الموصى ، لا قبله ، لما ذكرنا أنها إيجاب الملك عند الموت ـ حتى إنه لو أوصى بثلث ماله وله ثلاثة آلاف درهم ، ثم مات وله ألف : فإن الوصية تصح في ثلث الألف ، لما قلنا .

ولو أوصى بلبن غنمه ، وأصوافها ، وأولادها ، ثم مات الموصي : فإنه يقع على ما هو الموجود يوم الموت ، دون ما يحدث من بعد الموت ، وإن لم يكن شيئاً موجوداً وقت الموت ؛ بخلاف الوصية بثمرة النخلة : فإنه يقع على الموجود وقت الموت إن كان ، وإن لم يكن : يقع على ما يحدث بعد موت الموصي .

وأما الوصية بالموجود فإن كان شيئاً معيناً : فإنه يصح فيه ، حتى إذا خرج من الثلث : يكون للموصى له ، وإن لم يكن يخرج : يكون له بقدر الثلث . وإذا هلك ثلثاه وبقي الثلث : يكون كل الثلث له إن خرج من ثلث المال .

وأما إذا كانت الوصية بثلث المال أو بربعه ونحو ذلك : فإن خرج : يكون له ؛ وإن لم يخرج : يكون له بقدر الثلث .

وأما اذا اجتمعت الوصايا : لأحدهم بالثلث ، ولآخر بالربع ولآخر

بالخمس : فإن أجاز الورثة : جاز في الكل . وإلا : يصرف إلى كل واحد منهم من الثلث بقدر وصيته ، ويتضاربون في ذلك : فيكون ثلث الثلث لهذا وربع الثلث وخمس الثلث للآخرين كما في المواريث .

وإن كان وصية أحدهم أكثر من الثلث ، بأن أوصى له بالنصف أو بالثلثين :

فعند أبي حنيفة : يضرب من زاد نصيبه على الثلث بالثلث دون الزيادة ، ومن كان نصيبه دون الثلث فيما سمي له .

وعندهما : يضرب صاحب الزيادة بجميع ما سمي له ، كما في الميراث .

وأجمعوا في **خمس وصايا** أنه يضرب بما سمي وإن جاوز عن الثلث : في العتق الموقع في المرض ، وفي العتق المعلق بموت الموصي وهو التدبير ، وبالمحاباة في المرض ، وبالوصية بالإعتاق بعد الموت ، وبالوصية المرسلة وهي الوصية بشيء بغير عينه ولا يكون منسوباً إلى جزء من المال نحو الوصية لفلان بمائة درهم ونحوها .

وهل يقدم بعض أصحاب الوصية على البعض ؟ فلا يخلو : إما إن كانت الوصايا للعباد ، أو تقع لله تعالى .

أما إذا كانت الوصايا للعباد - فإنه يقدم العتق الموقع في المرض ، والعتق المعلق بمطلق الموت ، وهو التدبير الصحيح ، والمحاباة في البيع الواقع في المرض . وما سوى هذه الوصايا يتضارب فيها أهل الوصايا على السواء : لا يقدم بعضهم على بعض . وإن ضاق الثلث عن العتق والمحاباة : يبدأ بما بدأ به الموصي منهما ، لاستوائهما في القوة ، فترجح بالبداءة - وهو قول أبي حنيفة ، وقالا : يبدأ بالعتق لا محالة ، لأنه لا يحتمل الفسخ .

وأما إذا كانت الوصايا بما هو من حقوق الله تعالى ، نحو الحج والزكاة والكفارات والصدقات ونحوها من أعمال البر ، ينظر :

إن كان كله تطوعاً : بدأ بما بدأ به الموصي ، لاستواء الكل ، في نفسه ، في القوة ، فيترجح بالبداءة ، لأنه هو الأهم عنده ظاهراً ، ولا يقدم الوصية بالإعتاق لأنه يحتمل الفسخ ، كسائر الوصايا ، فإذا بلغ الثلث للكل فبها ونعمت ، وإن فني الثلث بالبعض ، يبطل الباقي .

وإن كانت كلها فرائض متساوية ، بأن كان وجوبها ثبت بدليل مقطوع به ، يرجح بالبداءة ، لتساويها في القوة ، وقالوا : في الحج والزكاة عند أبي يوسف ، يقدم الحج في رواية ، وإن أخّره جاز . وفي رواية : يقدم الزكاة ـ وهو قول محمد رحمه الله .

ثم ما أوجبه الله تعالى ابتداء ، أولى مما أوجبه عند فعل من المكلف ، فقالوا : يقدم الحج والزكاة على الكفارات المذكورة في القرآن . ثم هذه الكفارات مقدمة على صدقة الفطر ، والفطرة مقدمة على كفارة الفطر ، لأنها ثبتت بخبر الواحد ، وهي مقدمة على المنذور ، وهو مقدم على الأضحية .

والواجبات كلها مقدمة على النوافل .

وأما إذا كان مع الوصايا الثابتة لحق الله تعالى ، الوصية للآدمي : فإن الموصى له يضرب مع الوصايا بالقرب ، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ، ولا يجعل كلها جهة واحدة ، بأن قال « ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد » : يقسم على أربعة أسهم ، لأن كل جهة غير الأخرى ، ولا يقدم الفرض على حق الآدمي ، لحاجة العبد إلى حقه .

ثم إنما يصرف إلى الحج الفرض ، والزكاة ، والكفارات إذا أوصى

بها ، فأما بدون الوصية : فلا يصرف الثلث إليها ، بل يسقط عندنا ، خلافاً للشافعي على ما ذكرنا في الزكاة .

وإذا أوصى : يعتبر من الثلث ، لتعلق حق الورثة بماله في مرض الموت .

وأما بيان الموصى له ، وأحكامه ـ فنقول :

الموصى له يجب أن يكون حياً ، وأن يكون أجنبياً : لا وارث له ، ولا قاتلاً إياه ـ وقد ذكرنا هذا ، حتى لو **أوصى لرجلين أحدهما ميت** : تكون الوصية كلها للحي .

ولو أوصى لأجنبي ولوارثه ـ يكون النصف للأجنبي ، لأن الوارث من أهل الوصية ، حتى لو أجاز باقي الورثة : جاز .

ولو أوصى لذوي قرابته ، أو لأقربائه ، أو لذي قراباته ، أو لأرحامه ، أو لذوي رحم منه ـ فإن عند أبي حنيفة : يعتبر في هذه الوصية أشياء : ذو الرحم المحرم ، والأقرب فالأقرب ، وأن لا يكون فيهم والد ولا ولد ، وأن يكون اثنين فصاعداً إن كان بلفظ الجمع ، أو يقول : « لذوي قرابته » . ولو قال : « لذي قرابته » ـ يقع على الواحد فصاعداً .

وعند أبي يوسف ومحمد : الوصية لجميع قرابته ، من جهة الرجال والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام ، القريب والبعيد فيه سواء ـ كما إذا أوصى للعلوية والعباسية : يصرف إلى من يتصل بعلي وعباس رضي الله عنهما ، دون من فوقهما من الآباء .

بيانه :

ـ إذا ترك عمين وخالين : فعنده : الوصية للعمين للقرب ، وعندهما : بين الكل أرباعاً .

ـ ولو ترك عماً وخالين : فللعم النصف ، والنصف للخالين ـ عنده ،

لأن اسم الجمع ، في الوصية ، ينصرف إلى اثنين ، فيستحق كل واحد النصف ، فيكون للأقرب النصف ، والنصف للأبعدين ، بينهما سواء .

ـ وإن ترك عماً واحداً ، ولم يكن له غيره من ذوي الرحم المحرم : فالنصف للعم ، والنصف رد على الورثة عنده . وعندهما : يصرف إلى ذي الرحم الذي ليس بمحرم .

ـ وإن كان أوصى لذي قرابته : فجميع الثلث للعم ، لما بينا .

ولو أوصى لأهل بيت فلان ، أو لحسبه ، أو نسبه ، أو لأنسبائه : فهذا يقع على قرابة أبيه الذين ينسبون إليه ، إلى أقصى أب له في الإسلام ، دون قرابة أمه ، لأن النسب والحسب والبيت يختص بالأب دون الأم .

وكذا لو أوصى لآل فلان : فهو بمنزلة أهل بيت فلان .

ولو أوصى لأهل فلان : فالقياس أن يقع على زوجة فلان خاصة ـ وهو قول أبي حنيفة . وعندهما : يصرف إلى جميع من كان في عياله من الأحرار ، ولا يدخل فيه المماليك ؛ وأما الابن الكبير الذي اعتزل عنه ، والبنت التي في بيت الزوج : فلا تدخل .

ولو أوصى لبني فلان ـ فإن كانوا لا يحصى عددهم ، كبني تميم وبني العباس : فإنه يصرف إلى جميع القبيلة . ويدخل فيهم الحليف والموالي بسبب الولاء والعتاقة ، لأن هذا بمنزلة الصدقة ، وله أن يصرف إلى واحد وأكثر عند أبي يوسف ، لأنه اسم جنس ؛ وعند محمد : يصرف إلى اثنين وأكثر دون الواحد ، لأن اسم الجمع في الوصية يقع على الاثنين ، والذكر والأنثى فيه سواء ، لأنه اسم للقبيلة .

ولو كانوا يحصون ، وأبوهم من العرب : فإنه يدخل فيه بنو فلان من العرب ، دون الحلفاء والموالي .

ثم عند أبي حنيفة : يدخل فيه الذكور من أولاد الصلب ، دون الإناث . وقال أبو يوسف ومحمد : يدخل فيه الكل ، وهو قول أبي حنيفة الأول .

وأجمعوا أنه إذا كان الكل إناثاً : لا يدخلون .

وأما إذا لم يكن لفلان ولد الصلب : فإن الوصية للذكور من أولاد البنين ، عند أبي حنيفة ، وعندهما : يدخل الكل . وهل يدخل بنو البنات ؟ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنهم يدخلون ، وذكر في السير الكبير أنهم لا يدخلون .

ولو كان له ابن واحد ، وبنو بنين : فللابن النصف ، والباقي للورثة ، دون بني البنين . وعندهما : للابن النصف ، والباقي لبني البنين .

ولو كان له ابنان ، وبنو ابن : فالكل للابنين ، لأن الابنين في الوصية بمنزلة الجمع .

ولو كان له ابن واحد ، وبنات : فالنصف للابن ، والباقي للورثة عند أبي حنيفة . وعندهما : للابن النصف ، والباقي للبنات .

ولو كان له بنات ، وبنو ابن : فلا شيء لهم ، بل للورثة ، عنده ، وعندهما : للكل ، على السواء .

ولو أوصى لولد فلان ـ فإنه يدخل فيه الذكر والانثى ، على السواء ، ويدخل فيه الجنين الذي يولد لأقل من ستة أشهر ، ولا يدخل ولد الولد ما دام الصلبي حياً . ولو كان له بنات وبنو الابن : فهي للبنات لا غير . ولو كان ولد واحد : فالكل له ، لأن اسم الولد يقع له .

ولو أوصى لعقب فلان ـ فعقب الرجل هو ولده من الذكور والإناث . فإن لم يكن : فولد ولده من الذكور دون الإناث ، ودون ولد

الإناث . ويكون هذا الاسم بعد موت الأب ، لا قبله ، حتى إن الموصي إذا مات ، وفلان حي : فلا شيء لهم ، لأنهم لا يكونون عقباً حال حياته .

وكذا لو أوصى لورثة فلان - فهو مثل « عقب فلان » ، إلا أن في العقب : سهم الذكر والأنثى سواء ، في الورثة : يكون بينهم على قدر المواريث .

ولو أوصى لعصبة فلان - فإنه يصح الوصية ، وإن لم يمت فلان ، حتى إذا مات الموصي : تصرف الوصية إلى عصبته ، فإن كان له أب وابن : فالعصبة هو الابن دون الأب ، ويكون للأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات .

ولو أوصى لأختانه - فالخَتَن زوج كل ذات رحم محرم منه ، وكل ذي رحم محرم من أزواجهن ، من الذكر والأنثى ، وهم في الوصية سواء .

ولو أوصى للأصهار - فالصهر كل ذي رحم محرم من زوجته ، الذكر والأنثى .

ولو أوصى لأيتام بني فلان - فإنه يقع على من لا أب له .

ولو أوصى لأيامى بني فلان - فالأيم كل امرأة لا زوج لها ، بكراً كانت أو ثيباً ، وعند محمد : يقع على الثيب الأيم . والأرملة كل امرأة محتاجة أرملت من زوجها ومالها .

ثم هذه الوصايا نوعان :

فالوصية **لقوم يحصون** : تقع على عدد رؤوسهم ، على السواء : ذكرهم وأنثاهم ، غنيهم وفقيرهم ، صغيرهم وكبيرهم .

فأما إذا كانوا **لا يحصى عددهم** : فهو على ثلاثة أوجه :

إن أوصى لأهل الحاجة نصاً ، بأن قال : « لفقراء بني تميم أو لمساكينهم وأراملهم » ـ فإنه يصح ، لأن الحق فيه لله تعالى ، والفقراء مصارف ، فصاحب الحق معلوم ، فصحت .

والثاني ـ أن يذكر اسماً لا يدل على الحاجة ، لا عرفاً ولا لغة ، كقوله : « أوصيت لبني فلان » أو « لأيامى بني فلان » أو « لشبانهم » أو « لكهولهم » أو « لشيوخهم » ـ فإنه لا يجوز ، لأن الوصية تقع لهم ، وهم مجهولون .

والثالث ـ أن يكون الاسم قد يقع على الفقراء ، إما في عرف اللغة أو في عرف الشرع ، كما إذا أوصى « لأيتام بني فلان » أو « لعميانهم » أو « لزمناهم » لقوله تعالى :﴿ واليتامى والمساكين ﴾[1] فمتى كانوا لا يحصون: يستدل به أنه أراد به الفقراء منهم ، تصحيحاً للوصية ، بخلاف ما إذا كانوا يحصون : فإنه يقع على الأغنياء والفقراء جميعاً ، لأنه يمكن العمل بحقيقة الاسم ، لأن الوصية تصح لهم .

ولو أوصى « لغلمان بني فلان ولصبيانهم » ـ يقع على من لم يحتلم .

ولو قال : « لشبانهم » أو « لفتيانهم » ـ يقع على من بلغ منهم إلى أن يصير كهلاً ودخل في الثلاثين ، إلا إذا غلبه الشَمَط[2] قبل ذلك . والكهل يقع على من دخل في الثلاثين إلى خمسين ، إلا إذا غلب البياض . والشيخ يقع على الخمسين إلى آخر العمر ، إلا اذا غلب البياض قبله ـ هذا هو الأشبه من الأقوال .

---

(١) البقرة : ٨٣ ـ ١٧٧ ـ ٢١٥ والنساء : ٣٦ والحشر : ٧

(٢) رجل أشمط خالط شعره بياض .

فصل
في
الإيصاء

نقول :

الإيصاء جائز .

ولا بد له من القبول من الموصى ، لأنه متبرع بـالعمل فيـه ، فلا بـد من قبوله .

وكان ينبغي أن يعتبر القبول بعد الموت ، كما في الوصية بالمال ، لأنـه إيجاب بعد الموت ، لكن جاز ههنا القبول في حال الحياة ، بخلاف الوصية بـالمال ، لضـرورة أن الميت إنما يـوصي إلى من يعتمد عليـه من الأصدقـاء والأمنـاء ، فلو اعتبر القبـول بعد المـوت ، فـربمـا لا يقبـل ، فـلا يحصـل غرضه ، وهو الموصى الذي اختاره .

وإذا صح ـ فلا يخلو : إما إن كان الموصى حاضراً أو غائباً .

فإن كان حاضراً ، وقبل مواجهة : صح . ولـو أراد أن يرد الـوصايـة ويرجع : لا يصح ، بدون محضر الموصي ، أو علمـه ، لما فيـه من الغرور به . واذا رد في المواجهة : صح .

فأما إذا كان غائباً ، فبلغه الخبر ، فقبل : فـلا يصح رده إلا بحضـرة الموصي .

واذا بلغه ، ولم يقبل ورده : صح ، بغير محضره ، لأنه ليس بغرور .

وأما إذا بلغه بعد الموت : فإذا قبل ، أو تصرف في التركة تصرفاً يدل

على قبوله : فلا يصح رده ، إلا عند الحاكم ، لأنه قائم مقام الموصي ، كالوكيل : لا يملك عزل نفسه ، في حال غيبة الموكل ، ويملك في حال حضرته .

فأما إذا لم يقبل ، ورد ، كما علم : يصح ، وله الخيار بين أن يقبل ، ويرد ، لأنه متبرع في العمل ، فلا يجبر عليه .

ولو لم يعلم القاضي بأن للميت وصياً ، والوصي غائب ، فأوصى إلى رجل : فالوصي هو وصي الميت ، دون وصي القاضي ، لأنه اتصل به اختيار الميت ، كما إذا كان القاضي عالماً .

ثم للقاضي أن يعزل وصي الميت ، إذا كان فاسقاً ، غير مأمون على التركة . وإن كان ثقة ، لكنه ضعيف، لا يقدر على التصرف ، وحفظ التركة بنفسه : فإن القاضي يضم إليه غيره ، ولا يعزله ، لاعتماد الموصي عليه لأمانته ، فيحصل الغرض بهما .

ولو أوصى الميت إلى رجل ، ثم أوصى إلى آخر ، كان هذا اشتراكاً في الوصاية ، ما لم ينص على عزل الأول وإخراجه . وكذلك هذا من القاضي .

ولو أنه أوصى إلى رجل بقضاء دينه ، وأوصى إلى آخر بأن يعتق عنه : فهو وصيان فيهما جميعاً ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

وكذلك إذا أوصى بنصيب بعض ولده إلى رجل ، وبنصيب من بقي إلى آخر .

وعلى هذا : لو أوصى بميراثه في بلد إلى رجل ، وفي بلد آخر إلى آخر .

وكذلك لو أوصى بتقاضي الدين إلى رجل ، وبنفقة الورثة إلى آخر ،

وبحفظ المال إلى آخر .

وكـذا إذا أوصى إلى إنسان للحـال ، وإلى آخر إن قـدم ، فـإذا قـدم فلان فهو وصي دون الأول ـ فهما وصيان في ذلك كله عند أبي حنيفـة وأبي يـوسف ، خلافـاً لمحمد ، لأن الـوصايـة لا تتجزأ عنـدهما : متى ثبتت في البعض ، تثبت في الكـل . وروي عن أبي حنيفة فيمن « أوصى إلى فـلان حتى يقدم فلان ، فإذا قدم ، فهو الوصي ، دون الأول » ـ فهو كما قـال ، فيكـون عن أبي حنيفة روايتـان في هذا . ويجـوز أن يكـون الأول قـول أبي يوسف خاصة .

وعند محمد : كل واحد منهما وصي ، فيما جعل إليه ـ هذا هو المشهور من الخلاف .

ولو أوصى إلى رجل ، وهو وصي لرجل آخر : فإنه يكون وصياً ، في تركته ، وتركة الأول ، عندنا ـ خلافاً لابن أبي ليلى .

ولو أوصى إلى رجلين : فإن أحـدهما لا ينفـرد بتصرف يحتـاج فيه إلى الرأي عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : ينفرد .

ثم إن عنـدهما : ينفـرد في أشياء مخصـوصـة ، بـأن يكـون في تـأخـير التصـرف ، ضرر ، إلى حضـرة صاحبـه ، أو لا يحتـاج فيـه إلى الـرأي ، وذلك نحو شراء الكفن ، وجهاز الميت ، وكذا جمع الأموال المتفرقـة ، من قبض الديون والودائع والمغصـوب . وكذلـك في أداء ما عـلى الميت من رد الـودائع والمغصـوب ، وقضاء الـدين ، وتنفيذ الـوصيـة بـألفـين أو بـألف مرسلة ، أو بإعتاق عبد بعينه ، بخلاف الوصية بأعمال البر أو إعتاق عبـد غير معين ، لأنه يحتاج فيه إلى الرأي .

وكذا شراء ما لا بد لليتيم منه ، نحو الإنفـاق والكسوة ، وكـذا قبول

الهبة ، وبيع ما يتسارع إليه الفساد ، لأن فيه منفعة للصبي .

وهكذا ينفرد بالخصومة : للميت ، وعليه .

ولو مات أحد الوصيين ، وأوصى إلى رجل آخر - جاز ، ويكون قائماً مقامه .

وإن لم يوص الى آخر : فللقاضي أن ينصب وصياً آخر ، حتى ينفذ تصرفهما عندهما ، خلافاً لأبي يوسف .

ثم وصي الأب أولى من الجد . فإن لم يكن ، فالجد ، ثم وصي الجد . فإن لم يكن ، فالقاضي ووصي القاضي .

ثم ينظر :

إن كان في التركة دين - يملك الوصي بيع كل شيء ، لقضاء الدين ، من العقار والمنقول .

وإن لم يكن دين - والورثة كلهم صغار : يملك بيع كل شيء ، وإمساك ثمنه ، والتصرف فيه .

وإن كان كلهم كباراً ، وهم حضور : ليس له ولاية بيع شيء ، إلا إذا كان فيه وصايا .

وإن كانوا غُيباً : يملك بيع المنقول ، لأن حفظ الثمن أيسر ، وله ولاية حفظ مال الغائب ، ولا يملك بيع العقار .

وإن كان بعضهم صغاراً ، وبعضهم كباراً غيّباً : يملك بيع العقار عند أبي حنيفة . وعندهما : لا يصح في حصة الكبار .

وأما وصي الأم ، والأخ ، والعم - فهؤلاء ، بأنفسهم ، يملكون حفظ مال الصبي ، وبيع المنقول ، لأنه من باب الحفظ .

ولو قال لرجل : « إن مت من مرضي هذا أو في سفري هذا : فأنت وصيي في مالي » - فبرأ ولم يمت ، حتى رجع من السفر ، ثم مات : لا يكون وصياً ، لأنه تعلق بشرط خاص ، ولم يوجد .

ولو أوصى الى عبد إنسان، أو إلى ذمي ، أو إلى صبي عاقل : فإنه لا ينفذ ، ويخرجه القاضي . ولو عتق العبد ، وأسلم الذمي ، قبل إخراج القاضي : تنفذ الوصايا . وإذا بلغ الصبي : لا تنفذ عند أبي حنيفة ، وعندهما : تنفذ . ولو تصرف العبد أو الذمي ، قبل الإخراج : يصح في رواية ، ولا يصح في رواية . وفي الصبي : لا يصح بالإجماع .

ولو أوصى إلى عبد نفسه ، فإن لم يكن في الورثة كبير : جاز عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما . ولو كان في الورثة كبير : لا يصح ، بالإجماع .

باب
الرجوع عن الوصية

أصل الباب : أن الرجوع في الوصية صحيح ، لأنه تبرع لم يتم ، لأن القبول فيه بعد الموت ، فيملك الرجوع ، كالرجوع عن الإيجاب ، في البيع ، قبيل القبول .

واذا ثبت أنه يصح الرجوع فيه ـ فكل فعل ، يوجد من الموصي ، فيه دلالة على تبقية الملك لنفسه : يكون رجوعاً . وكل فعل يدل على إبقاء العقد وتنفيذ الوصية : لا يدل على الرجوع كما إذا وجد منه فعل لو فعل في ملك غيره ينقطع حق الملك للمالك ، ويصير ملكاً له .

فإذا فعل بعد الوصية في الموصى به ، ما يدل على إبقاء الملك فيه لنفسه : فيكون رجوعاً ، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه ـ ونظائره كثيرة .

وكذا إذا اتصلت بعين الموصى به زيادة ، لا يمكن تمييزها ، ولا يستحق عليه نقضها : فإنه يكون رجوعاً ، لأنه لا يمكن تسليمها إلا بتسليم تلك الزيادة ، ولا يجب عليه ذلك ، فيدل على الرجوع ـ وذلك كالسويق إذا لته بالسمن ، أو بني بناء في الدار الموصى بها ، وكذلك لو أوصى بقطن ثم حشا به قباء وضربه ، أو بثوب فجعله ظهارة أو بطانة ، لأنه لا يجب عليه نقض ذلك ، لكونه تصرفاً في ملكه .

وكذلك لو أزال الموصى به عن ملكه ـ بأن باعها ، ثم اشتراها :

بطلت الوصية .

ولو ذبح الشاة : تبطل الوصية ، بنفس الذبح ، لأنه يدل على الرجوع ، لأن الذبيحة لا تبقى إلى ما بعد الموت .

ولو أوصى بقميص ، ثم نقضه ، وجعله قباء : يكون رجوعاً . ولو لم يخطه قباء ، لكن نقض القميص : فيه اختلاف المشايخ .

ولو أوصى بدار ، ثم جصصها أو هدمها : لا يكون رجوعاً ، لأن البناء تبع ، والتجصيص زينة .

وكذلك لو غسل الثوب الموصى به ، لإزالة الوسخ .

ولو قال : « أوصيت بهذا العبد لفلان » ثم قال : « أوصيت بهذا لفلان آخر » ـ يكون شركة .

ولو قال : « العبد الذي أوصيت به لفلان ، هو لفلان » ـ يكون للثاني ، ولا يكون شركة .

ولو قال : « العبد الذي أوصيت به لفلان ، فقد أوصيت به لفلان » ـ يكون شركة .

ولو أوصى ، ثم أنكر الوصية ، وجحدها ـ فالجحود لا يكون رجوعاً عند أبي يوسف ، وعند محمد : يكون رجوعاً .

ولو أوصى بعبد لإنسان ، ثم قال : « ما أوصيت لفلان فهو لعمرو » ـ وهو حي ، ثم مات عمرو قبل موت الموصي : يكون ميراثاً ، لأن الوصية انتقلت إلى عمرو ، فإذا مات قبل موت الموصي ، بطلت الوصية ، فيكون ميراثاً .

ولو قال : « ما أوصيت لفلان ، فهو لعقب عمرو » ـ وعمرو حي ، فإن مات عمرو قبل موت الموصي : فهو لورثة عمرو ، لأنهم صاروا عقباً

له ، قبل نفاذ الوصية بالموت . ولو مات الموصي ، وعمرو حي ـ فتكون الوصية لفلان ، لأنه لم تنتقل الوصية إليهم ، لأن العقب لا يكون قبل موت عمرو .

ولو أوصى بسيف لإنسان ، فهو له بغمده وحمائله عند أبي حنيفة وزفر . وقال أبو يوسف : له السيف لا غير .

وكذا لو أوصى بالميزان والقبان والسرج ـ فعند زفر : يدخل كل ما كان توابع ذلك الشيء . وعند أبي يوسف : يدخل ما كان متصلاً به .

وفي المصحف الذي له غلاف : عند أبي حنيفة وأبي يوسف : لا يدخل الغلاف . وعند زفر : يدخل ـ فأبو يوسف مر على أصله ، وكذا زفر . وأبو حنيفة إما أن يفرق بين المصحف وسائر المسائل ، أو يكون عنه روايتان .

ولو أوصى بشيء في الظرف ، فإن المعتبر فيه العادة : إن كان مما يباع مع الظرف : يدخل ، وإلا فلا .

كتاب
الوكالـة

يحتاج إلى :
بيان الوكالة لغة وشرعاً ،
وإلى بيان أنواعها .

أما الوكالة :

في اللغة ـ فهي الحفظ : قال الله تعالىٰ : ﴿ وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل﴾[1] أي ونعم الحافظ .

وقد يراد بها التفويض ـ يقال : « توكلت على الله » أي فوضت أمري إليه .

وفي الشرع كذلك هي : تفويض التصرف ، والحفظ ، إلى الوكيل . ولهذا قال أصحابنا : « من قال : وكلت فلاناً في مالي » ـ يصير وكيلاً في الحفظ ، لأنه أدنى .

ثم الوكالة نوعان : أحدهما في حقوق اللّه تعالى ، والثاني في حقوق العباد

أما الوكالة في حقوق الله تعالى

فنوعان : في الإثبات ، والاستيفاء .

(١) آل عمران : ١٧٣ .

الأول ـ التوكيل في إثبات الحدود :

وهو الذي يحتاج فيه إلى الخصومة : من حد السرقة ، وحد القذف ـ وفيه خلاف : قال أبو حنيفة ومحمد : يجوز ، وقال أبو يوسف : لا يجوز . وكذا الخلاف في إثبات القصاص أيضاً. أما في غيرهما: فلا يحتاج فيه الى الخصومة ، فلا يصح فيه التوكيل في الإثبات ، بل يثبت ذلك عند القاضي : بالشهود ، والإقرار .

وأما في الاستيفاء :

فإن كان المسروق منه حاضراً ، والمقذوف : يجوز التوكيل بالاستيفاء ، لأن ذلك إلى الإمام ، وهو لا يقدر أن يباشر بنفسه على كل حال .

وإن كان غائباً : اختلف المشايخ ـ قيل : يجوز ، لأنه لا يصح العفو والصلح عنها . وقيل : لا يجوز ، لأنه يحتمل الإقرار والتصديق .

وأما في القصاص : فإن كان الولي حاضراً : يجوز ، وإن كان غائباً : لا يجوز ، لاحتمال العفو .

وأما الوكالة في حقوق العباد

فأنواع ـ منها :

الوكالة في الخصومة : في إثبات الدين ، والعين ، والحقوق

واختلفوا فيها : قال أبو حنيفة : لا يصح من غير رضا الخصم ، إلا من عذر السفر ، أو المرض ، أو كانت امرأة مخدرة .

وقال أبو بكر الرازي : جواب أصحابنا في الرجل والمرأة سواء ، وإنما هذا شيء استحسنه المتأخرون . وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يصح من غير رضا الخصم في الأحوال كلها ، وهي مسألة معروفة .

وإذا صح التوكيل بالخصومة : فإذا أقر الوكيل على موكله : فعند أبي حنيفة ومحمد : يصح في مجلس القضاء ، ولا يصح في غير مجلسه .

وقال أبو يوسف : يصح فيهما جميعاً .

وقال زفر والشافعي : لا يصح أصلاً .

وأجمعوا أنه إذا استثنى الإقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل : يصح ، ويكون وكيلاً بالإنكار لا غير .

وأما اذا وكل بالخصومة مطلقاً ، ثم استثنى الإقرار في كلام منفصل : فعند محمد : لا يجوز ، وعند أبي يوسف : يصح .

وأجمعوا أن إقرار الأب ، والوصي ، وأمين القاضي - على الصغير : لا يصح .

وأما التوكيل بالإقرار إن ثبت عنده - ذكر الطحاوي أنه لا يجوز . وذكر في الوكالة أنه يجوز .

والوكيل بالخصومة ، في مال - إذا قضى القاضي بالمال ، هل يملك القبض ؟ فعندنا : يملك ، وعند زفر : لا يملك .

أما الوكيل بتقاضي الدين : فيملك القبض أيضاً في ظاهر الرواية ، ولكن أصحابنا المتأخرون قالوا : لا يملك ، بحكم العرف ، كالوكلاء في باب القضاء .

وأما الوكيل بقبض الدين - فهل يملك الخصومة في إثبات الدين إذا أنكر الغريم ؟ عند أبي حنيفة : يملك ، وعندهما : لا يملك .

وأجمعوا أن الوكيل بقبض العين ، إذا أنكر الغريم ، لا يملك الخصومة .

وأجمعوا أن الوكيل بالملازمة لا يملك القبض .

وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة ، وبالرد بالعيب ، وبالقسمة : إنه يملك الخصومة .

ثم لكل واحد من الخصمين أن يعزل وكيله ، من غير محضر من خصمه ، إلا إذا كان وكيلاً بالتماس الخصم ، فلا بد من حضرة الخصم حتى يصح عزله ، ولكن لا بد من علم الوكيل ، أو حضرته ، حتى يصح عزله ، حتى لا يؤدي إلى ا لغرور في حقه .

وكذا الجواب في كل وكالة .

وإذا بلغ الوكيل الخبر بالعزل ، بالكتابة أو بالرسالة : ينعزل ، بلا خلاف . وأما إذا جاءه على وجه الخبر : لم ينعزل عند أبي حنيفة ، حتى يخبره رجل عدل ، أو رجلان على أي صفة كانا ـ فالشرط عنده أحد شطري الشهادة : إما العدالة ، أو العدد . وعندهما : خبر الواحد مقبول ، ولا يشترط العدالة ، لأن هذا من باب المعاملة .

ومنها ـ الوكالة بقبض الدين :

صحيحة ، لحاجة صاحبه الى قبض الوكيل ، لعجزه عن قبض ديونه بنفسه كلها ـ إلا أن في قبض رأس مال السلم ، وثمن الصرف : يصح التوكيل في المجلس ، لا خارج المجلس ، لأن الموكل يملك القبض في المجلس لا غير .

وإذا قبض الوكيل يبرأ المديون ، وصار المقبوض ملكاً لصاحب الدين ، ويكون أمانة في يد الوكيل ، ويكون حكمه حكم المودع في أن يقبل قوله إنه دفعه إلى صاحب الدين ، وفي كل ما يبرأ به المودع من الوديعة .

وليس للوكيـل بالقبض أن يـوكل غيـره ، لأنه رضي بـرأيـه وأمـانتـه وحـده . فـإن فعـل ذلـك ، وقبض الـوكيـل الثـاني : لم يبـرأ الغـريم من الدين ، لأن التوكيل لم يصح ، فهو كالأجنبي ، إلا إذا وصل ما قبض إلى الوكيل الأول ، لأنه وصل إلى يد من هو نـائب المالـك . فإن هلك في يـد القـابض ، قبل ذلـك : ضمنه الـذي قبضه ، ولم يبـرأ الدافـع من الـدين الذي عليه ، وكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه . فإذا أخذه منه ، رجع الغريم على من دفعه إليه ، فيرجع الوكيل الثاني على الأول إن هلك ، مـا قبض ، في يده ـ إلا إذا قال الموكل للوكيل بالقبض : « اصنع ما شئت » : فله أن يوكل غيره بالقبض .

وليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عيناً مكانه ، لأن هذا عقد معاوضة ، وقد وكله بقبض حقه لا غير ، لا بالاستبدال ولا بالاعتياض .

ولو وكل رجلين بقبض دينه ، فليس لأحدهما أن يقبض دون صاحبه ، لأنه رضي برأيهما ، لا برأي أحدهما ، فإن قبض أحدهما لم يبرأ الغريم ، حتى يصل ما قبض أحدهما الى صاحبه ، فيقع ذلك في أيديهما جميعاً ، أو يصل الى الموكل ، لأن المقصود بالقبض قد حصل ، فكأنهما قد قبضاه ابتداء .

ولو أن الوكيل بقبض الدين قبضه ، فوجده معيباً ، فـما كان للمـوكل رده : فللوكيل رده وأخذ بدله ، لأنه قائم مقامه .

ولو كان لرجل عـلى رجل دين فجـاءه رجل وقـال له : « إن الـطالب أمرني بقبضه منك » ، فدفعه إليه ، ثم جاء الطالب وأنكـر أن يكون أمـره بذلك ، فهذا على ثلاثة أوجه :

أحدها ـ إن صدق الوكيل بالـوكالـة ، ودفعه إليـه ، فإنـه يقال لـه : « ادفع الدين إلى الطالب ولا حق لك على الوكيل » ، لأنه أقر بالـوكالـة ،

وإقراره صحيح في حق نفسه ، فكأنه يقول : « إن الطالب ظلمني بالقبض ، فلا أظلم الوكيل القابض بحق » .

والثاني ـ إن صدقه وضمنه ما دفعه إليه ، ثم حضر الموكل ورجع عليه : رجع هو على القابض ـ لأنه ، وإن اعترف أنه قبض بحق وأن الطالب ظالم فيما قبض ، ولكنه ضمنه ما يطلبه الطالب بغير حق ، فيصح الضمان ، كما لو قال : « ما غصبك فلان فهو عليّ » .

والثالث ـ إن كان المطلوب يقول : « كذب الوكيل في الوكالة » ، أو لم يصدق ولم يكذب ، ودفعه إليه ، ثم حضر الطالب ، وأخذ منه : رجع على الوكيل ، لأنه لما كذبه أو لم يكذبه ولم يصدقه ، ثم طالبه ، عاد إلى التكذيب ، وله ذلك ، فلم يقر بكونه قابضاً بحق ، فله أن يرجع .

وأما التوكيل بالشراء ـ فنقول :

جملة هذا أن الوكالة على ضربين : وكالة عامة ، ووكالة خاصة .

أما الوكالة العامة :

فإنها تصح مع الجهالة الكثيرة ، كما إذا قال : « اشترِ لي ما شئت أو ما رأيت » ، لأنه فوض الرأي إليه ، فصار بمنزلة البضاعة والمضاربة .

وأما الوكالة الخاصة :

فالقياس أن لا تجوز ما لم يذكر الجنس وقدر الثمن والصفة ، كما في البيع . وفي الاستحسان أن الجهالة اليسيرة لا تمنع .

وإنما تقل الجهالة إذا كان اسم ما وكل بشرائه لا يتناول إلا نوعاً واحداً ، وذكر فيه أحد أمرين : إما الصفة أو مقدار الثمن . فإذا كان الاسم يتناول أنواعاً مختلفة أو في حكم الأنواع المختلفة ـ فإن الجهالة كثيرة ، فلا تجوز الوكالة ، وإن بين مقدار الثمن ، أو الصفة ، أو

كلاهما ، ما لم يبيّن مع ذلك نوعاً منه .

أما بيان الأول :

ـ إذا قال الموكل للوكيل : « اشتر لي عبداً أو جارية » : إن بين الثمن أو الصفة ، بأن قال تركياً أو رومياً أو هندياً جاز ، لأنه تقل الجهالة بذكر أحدهما وبحال الموكل .

ـ ولو قال : « اشتر لي حماراً أو بغلاً أو فرساً » ، ولم يبيّن له صفة ولا ثمناً ، قالوا : يجوز ، لأن النوع لم يختلف ، والصفة تكون معلومة بحال الموكل .

ـ ولو قال : « اشتر شاة أو بقرة » ، ولم يبيّن له صفة ولا ثمناً ـ لم يجز ، لأنها لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل ، وقد ذكرنا أنه لا بد من أن تكون الصفة أو الثمن معلوماً .

وأما بيان الثاني :

ـ إذا قال : « اشتر لي حيواناً ، أو مملوكاً ، أو دابة ، أو ثوباً » : لا يجوز ، وإن بين الثمن ، لأن الاسم يقع على أنواع مختلفة .

ـ وكذا إذا قال : « اشتر لي جوهراً » ، لما قلناه .

ـ وكذا إذا قال : « اشتر لي حنطة » : لا تجوز الوكالة ، ما لم يبيّن الثمن أو عدد القفزان .

ولو وكله بشراء عبد أو جارية ، وسمى الثمن أو الصفة ، فاشترى أعمى أو مقطوع اليدين أو الرجلين ـ فإنه يجوز ذلك عند أبي حنيفة إذا اشترى ما يسمى عبداً أو جارية . وعندهما : يجوز الأعور أو مقطوع أحد الطرفين ، فأما فائت جنس المنفعة : فلا يجوز .

ولو وكّله بأن يشتري له طعاماً ولم يبيّن له ـ فإن كان الثمن قليلاً :

يصرف إلى الخبز ، وإن كثيراً : انصرف إلى الحنطة والدقيق .

ولو قال : « اشتر لي بدرهم لحماً » ـ انصرف إلى ما يباع في السوق ، في الأغلب ، دون لحم الوحش والطير والسمك والشواء والمطبوخ . وفي الرأس ينصرف إلى المشوي دون النيء ، ويقع على رأس الغنم دون البقر ـ وهو أمر مبني على العادة .

ولو قال : « اشتر لي جارية بعينها بمائة دينار » ، فاشتراها بدراهم ، تكون قدر قيمة مائة دينار ، أو أقل ـ جاز على الآمر ، في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال زفر : لا يلزم الآمر ـ وهذا رواية الحسن بن زياد . وقال الكرخي : المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يجوز أن يشتريها بالدراهم ، كما قال زفر ، لأنهما جنسان مختلفان .

ثم الوكيل بالشراء إذا خالف يصير مشترياً لنفسه . فأما الوكيل بالبيع : إذا خالف ، يكون موقوفاً على إجازة صاحبه ـ والفرق ظاهر .

وأما التوكيل بالبيع ـ فنقول :

عند أبي حنيفة : الوكيل بالبيع مطلقاً له أن يبيع بما عز وهان ، بأي ثمن كان ، وإن كان غبناً فاحشاً ، وسواء كان الثمن عيناً أو ديناً .

وعندهما : لا يجوز إلا أن يبيع ، بالأثمان ، بمثل قيمته .

وأما إذا باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه ، فهو على وجهين :

إن كان ذلك مما لا ضرر في تبعيضه : جاز ، بالاتفاق ، مثل المكيل والموزون ، أو يبيع شيئين .

وإن كان في تبعيضه ضرر ، بأن كان التوكيل ببيع عبد . فباع نصفه ـ جاز عند أبي حنيفة ، وعندهما : لا يجوز ، إلا أن يجيزه الموكل .

ثم الوكالة نوعان :

منها ـ ما لا حقوق له إلا ما أمر به ، كالوكالة بتقاضي الدين ، والوكالة بالملازمة ، ونحوهما .

ومنها ـ ما يكون حقوقه للوكيل ، وعليه .

ومنها ـ ما يكون حقوقه للموكل ، وعليه .

فكل ما لا يحتاج فيه إلى إضافة العقد الى الموكل ، ويكتفى فيه بالإضافة إلى نفسه ـ كالبياعات ، والأشربة ، والإجارات ، والصلح عن إقرار ، ونحوها : فإن الحقوق ترجع إلى الوكيل ، حتى يجب عليه تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، ويخاصم المشتري الوكيل في العيب ، ويجب عليه الضمان عند الاستحقاق ، إلا إذا كان العاقد ليس من أهل لزوم العهدة ، كالصبي المحجور والعبد المحجور ، والقاضي ، وأمين القاضي ، ونحو ذلك .

وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق . وليس للموكل أن يباشر ذلك بنفسه ، ما دام الوكيل قائماً ، فإن مات الوكيل أو جن جنوناً مطبقاً ، وهو شهر عند أبي يوسف ، وحول عند محمد : يخرج الوكيل من الوكالة ، وترجع العهدة إلى الموكل .

وأما ما يحتاج فيه إلى الإضافة إلى الموكل ـ كالنكاح ، والخلع ، والطلاق على مال ، والصلح عن دم العمد ، والعتق على مال ، والكتابة ، والصلح عن إنكار ، ونحوها : فالحقوق ترجع إلى الموكل .

ثم الوكيل بالبيع ـ إذا رد عليه المبيع بالعيب ، يملك أن يبيعه مرة أخرى . وكذلك في كل ما يكون هو الخصم فيه .

ولو أن الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري من الثمن ، أو أجله ، أو أخذ بالثمن عوضاً غيره ، أو صالحه من الثمن على شيء ، فذلك كله جائز

على الوكيل عند أبي حنيفة ، ويضمن للموكل ، وعلى قولهما : لا يجوز شيء من ذلك .

وإن ارتد الوكيل ، توقفت الوكالة - فإن أسلم : جاز ، وإن قتل على ردته ، أو لحق بدار الحرب مرتداً وحكم بلحاقه : تبطل ، وعندهما : جائزة - وأصل المسألة أن تصرفات المرتد موقوفة عنده ، وعندهما : نافذة . وتصرفات المرتدة نافذة بلا خلاف . فإن رجع مسلماً : عاد إلى وكالته عند محمد ، وعند أبي يوسف : لا يعود .

كتاب
الكفالة

قال :

يحتاج إلى :

بيان الكفالة لغة وشرعاً ،

وإلى بيان ألفاظ الكفالة ،

وإلى بيان شرائط صحتها ،

وإلى بيان أنواع المكفول به ،

وإلى بيان أحكامها .

أما الأول

فالكفالة لغة هي الضم ـ قال الله تعالىٰ : ﴿ وكفّلها زكريا﴾[1] ، أي ضمها الى نفسه .

وفي الشرع ـ ضم ذمة ، إلى ذمة ، في حق المطالبة ، أو في حق أصل الدين : على حسب ما اختلف المشايخ فيه .

وأما ألفاظ الكفالة

فأن يقول الكفيل للطالب : « دعه فأنا ضامن ما عليه » أو « كفيل بذلك » أو « قبيل » أو « زعيم » أو « هو إليّ » أو « عليّ » أو « هو لك

(١) آل عمران : ٣٧ .

عندي » أو « هو لك قِبَلي » .

وقد ذكرنا في كتاب الإقرار : « إذا قال لفلان عندي كذا ، يكون إقراراً بالوديعة » ، وههنا : يكون ضماناً ـ لأن قوله « عندي » يحتمل « هو في يدي » ويحتمل « هو في ذمتي » ، فيقع على الأدنى ، وهو الوديعة ، فأما الدين فلا يكون إلا في الذمة ولا يكون في اليد ، فحمل على الوجوب ههنا .

وأما شرائطها :

فمن ذلك ـ أن يكون الكفيل من أهل التبرع ، لأن الكفالة تبرع بالتزام المال . فلا يصح من الصبي ، والعبد المحجور عليه . وكذا لا تصح كفالة المكاتب . وكذا كفالة المريض : لا تصح إلا من الثلث كتبرعه .

ومن شرطها أيضاً ـ أن يكون الدين صحيحاً ، سواء كان على الصغير أو العبد المحجور ، لأنه يطالب بعد العتق .

وأما الكفالة ببدل الكتابة ـ فإنه لا تجوز ، لأنه ليس بدين صحيح ، لأنه لا يجب للمولى على عبده شيء ، وإنما وجب مخالفاً للقياس ، لصحة الكتابة ، نظراً للعبد ، حتى يصل إلى العتق .

وأما المكفول به :

فنوعان : الديون ، والأعيان .

أما الكفالة بالديون :

فصحيحة بلا خلاف ، وصاحب الدين بالخيار : إن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل ، ولا يوجب براءة الأصيل عندنا .

وعند ابن أبي ليلى : يوجب البراءة ـ وهذا فاسد ، لأنه يصير الكفالة والحوالة سواء .

وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر ـ بخلاف غاصب الغاصب مع الغاصب : فإن للمالك أن يضمن أيهما شاء ، وإذا اختار تضمين أحدهما ، لم يكن له اختيار الآخر . وكذا في إعتاق أحد الشريكين : الشريك الساكت بالخيار بين أن يضمن المعتق إن كان موسراً ، وبين أن يستسعي العبد ، فإذا اختار أحدهما : ليس له أن يختار الآخر .

وجملة هذا أن الكفيل ليس له أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه شيئاً ـ إلا أنه إذا طولب : طالب المكفول عنه بالخلاص . فإن حبس : كان له أن يحبس المكفول عنه . أما إذا أدى فينظر : إن كان كفل ، بغير أمره : فلا يرجع عندنا ، خلافاً لمالك ، لأنه تبرع بقضاء دين غيره ، وإن كفل عنه بأمره ، وهو ممن يجوز إقراره على نفسه بالدين ويملك التبرع : يرجع عليه ـ لأن الكفالة في حق المكفول عنه استقراض ، وهو طلب القرض ، والكفيل بالأداء مقرض للمكفول عنه ونائب عنه في الأداء إلى المكفول له ، وفي حق المكفول له تمليك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل بما أخذه من المال ، فيرجع عليه بما أقرضه حتى إن الصبي المحجور إذا أمر رجلاً بأن يكفل عنه ، فكفل ، وأدى : لا يرجع عليه ، لأن استقراض الصبي لا يتعلق به الضمان ، وأما العبد المحجور : فلا يرجع عليه إلا بعد العتق ، لما قلنا .

ولو وهب صاحب الدين ، المال لأحدهما ـ جاز ، وذلك بمنزلة أداء المال .

وكذا لو مات الطالب ، فورثه أحدهما ، لأن بالهبة والميراث يملك ما في ذمته : فإن كان الموهوب له أو الوارث هو الكفيل ، فقد ملك ما في ذمته ، فيرجع على الأصيل ، كما لو ملك ذلك بالأداء . وإن كان الموهوب

له أو الوارث هو المكفول عنه ، برىء الكفيل ، كأنه أدى .

ولو أبرأ الطالب الأصيل ، فقد برئا جميعاً . وإن أبرأ الكفيل ، برىء ، دون الأصيل ، سواء كان ذلك بأمر المكفول عنه أو لا .

ولو قال لأحدهما : « برئت إليّ من المال » ـ فهو إقرار بالقبض ، بالاتفاق ، لأن هذا اللفظ يستعمل في الأداء .

ولو قال لأحدهما : « برئت من المال » ـ فهو إقرار بالقبض عند أبي يوسف ، كأنه قال : « برئت إليّ من المال » . وعند محمد بمنزلة قوله : « أبرأتك من المال » .

ثم الكفيل يرجع بما ضمن ، لا بما أدى ، لأنه ملك ما في ذمة الأصيل ، حتى إنه إذا كان عليه دراهم صحاح جيدة ، فأدى زيوفاً ، وتجوز به صاحب الدين ، فإنه يرجع بالجياد .

وكذا لو أدى عنها من المكيل والموزون أو العروض : فإنه يرجع بالدراهم ـ بخلاف الوكيل بقضاء الدين : فإنه يرجع بما أدى ، لا بما على الغريم ، وبخلاف الصلح إذا صالح من الألف على خمسمائة : فإنه يرجع بخمسمائة لا بالألف ، لأنه إسقاط البعض .

ولو كفل لرجل ، بمال ، إلى القطاف أو إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى النيروز أو إلى المهرجان ، ونحوها من الآجال المجهولة : يصح ، عندنا ، خلافاً للشافعي ـ بخلاف البيع إلى هذه الآجال : فلا يجوز ، بالإجماع .

ولو كان عليه ثمن بيع ، أو دين حال ، فأجله إلى هذه الآجال . يصح أيضاً ـ بمنزلة الكفالة .

ولا خلاف في جواز الكفالة إلى أجل معلوم من الشهر والسنة ونحوها .

أما إذا كفل إلى أجل مجهول لا يشبه آجال النـاس ، مثل مجيء المطر وهبوب الريـح ـ فالأجـل باطـل ، والكفالـة جائـزة ، لأن الكفالـة وردت منجزة ، لكن الأجل باطل ، فلم يصح التأجيل ، فتبقى الكفالة حالة .

أما إذا علق الكفالة بشرط : فإن كان ذلك سبباً لـوجوب الحق ، أو وسيلة إلى الأداء في الجملة ، مثـل أن يقـول : « إذا قـدم زيـد أو استحق المبيع » ـ فالكفالة جـائزة ، لأنـه سبب للوصول إلى الأداء ، لأن زيـداً ربما يكون مضارباً .

فـأما إذا قـال : « إذا جـاء المطر ، أو هبت الـريـح ، أو دخـل زيـد دارنا ، فأنا كفيل عندك بكذا » ـ فـإنه لا يجـوز ، لأن الأموال لا يجـوز أن يتعلق وجوبها بالشروط .

ولو كان على رجل دين مؤجل ، فكفل به رجل ، مطلقاً ـ فـإنه يكون مؤجلاً ، لأنه التزم مثل ما على الأصيل ، فـإن سمى الكفيل أجـلاً زائداً عليه ، أو ناقصاً ، أو مثله ـ يلزمه كذلك ، لأنه متبرع ، فيلزمه عـلى حسب ما تبرع به .

ولو كان المال حالاً ، فكفل إنسان مؤجلاً ، بأمـر المكفول لـه : فإنـه يجوز ، فيكون تأجيلاً في حقها ، في ظاهر الرواية . وفي رواية ابن سماعة عن محمد أنه حال على الأصيل ، مؤجل في حق الكفيل .

ولو كفل عن رجل لرجل والمكفول له غائب ، فبلغه الخبر فأجاز : لا يصح ، ولا تتوقف الكفالة على قبولـه ـ وهذا عنـد أبي حنيفة ومحمـد : وقال أبو يوسف : يجوز ـ وهذا بناء على أن شطر العقـد يتوقف في النكـاح عند أبي يوسف ، خلافاً لهما : فهذا كذلك ـ إلا أنهما استحسنـا في المريض إذا قال عند موته لورثته : « اضمنـوا ما عـلي من الدين لغـرمائي » ، وهـم غيب ، ففعلوا ـ فهو جائز ، ويلزمهم ، نظراً للغرماء .

ولو كفل رجلان رجلاً ، بألف درهم ، بأمره ، ولم يكفل كلٌ واحد عن صاحبه ـ فإن على كل واحد منهما خمسمائة ، لاستوائهما في الكفالة . ولو أدى أحدهما : لا يرجع على صاحبه ، لأنه يؤدي عن نفسه ، لا عن صاحبه ، لكن يرجع على الأصيل بما أدى .

ولو لقي المكفول له الكفيلين بعد ذلك ، فكفل أحدهما عن صاحبه ـ صح ، **لأن الكفالة عن الكفيل** صحيحة ، ثم ما أدى فالقول قوله : إنه أدى من كفالة الكفيل الآخر أو من كفالة نفسه لأنه لزمه المال من وجهين . ولو لقي المكفول له الكفيل الآخر الذي لم يكفل ، فطلب منه أن يكفل عن صاحبه ، وكفل ـ صح ، والجواب فيه وفيما إذا كان في الابتداء كفل كل واحد من الكفيلين عن صاحبه ـ سواء ، وهو أن كل ما يؤدي كل واحد منهما إلى المكفول له ، فذلك عن نفسه إلى خمسمائة . ولو قال : « أؤدي عن شريكي ، لا عن نفسي » ـ لا يقبل ، ويكون عن نفسه . فأما إذا زاد على خمسمائة ، فيرجع بالزيادة على شريكه إن شاء ، وإن شاء على المكفول عنه .

وعلى هذا ـ إذا اشترى رجلان من رجل عبداً بألف درهم ، على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، ثمن حصته . وكذا الجواب في المفاوضين بعد فسخ الشركة إذا كان عليهما دين : لصاحبه أن يطالب به كل واحد منهما ، وإذا أدى أحدهما النصف لا يرجع ، فإذا أدى زيادة على النصف ، له أن يرجع على صاحبه ، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه .

وأما الكفالة بالأعيان :

فهي أنواع ثلاثة :

أحدها ـ كفالة بعين هي أمانة غير واجبة التسليم ، كالوديعة ، وكمال المضاربة ، والشركة : وهي لا تصح أصلاً .

والثاني ـ الكفالة بعينٍ هي أمانة ، ولكنها واجبة التسليم ، كالعارية ، والمستأجر في يد المستأجر ؛ وكذا العين المضمونة بغيرها ، كالمبيع قبل القبض : مضمون بالثمن ، وكالرهن : مضمون بالدين ـ والجواب في الكل واحد ، وهو أنه تصح الكفالة بتسليم العين ، فمتى هلكت العين ، لا يجب على الكفيل قيمة العين .

والثالث ـ العين المضمونة بقيمتها ـ كالمغصوب ، والمبيع بيعاً فاسداً ، والمقبوض على سوم الشراء : تصح الكفالة بها ، ويجب عليه تسليم العين ما دامت باقية ، وإذا هلكت : يجب عليه تسليم قيمتها ، متى ثبت الغصب بالبينة أو الإقرار .

ثم الكفالة بالنفس بعد الدعوى من قبيل القسم الثاني : فإنه مضمون بالتسليم ، وإنه يجب عليه تسليم النفس ، والحضور إلى باب القاضي ، حتى يقيم الخصم البينة ، فتصح الكفالة به عندنا ، خلافاً للشافعي ، ولكن لو هلك الكفيل ، لا شيء عليه من المال المدعى به ، حتى لا يؤخذ من تركته ـ والمسألة معروفة .

وكذا لو كفل بنفس من عليه التعزير .

أما لو كفل بنفس من عليه حد القذف أو حد السرقة أو القصاص ـ هل يجوز ؟ ذكر أبو الحسن أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم إذا بذلها المطلوب بنفسه ، ولكن هل للقاضي أن يأمره بالتكفيل اذا طلب الخصم ؟ قال أبو حنيفة : لا يأخذ القاضي منه كفيلاً ، ولكن يحبسه حتى تقام عليه البينة أو يستوفي .

ثم الكفيل بالنفس يؤخذ بإحضار المكفول عنه ، ما دام إحضاره ممكناً مقدوراً . فإن صار بحال لا يقدر على إحضاره بوجه من الوجوه ، بأن مات : بطلت الكفالة ، ولا شيء على الكفيل ، فأما إذا كان يرجى حضور المكفول عنه ، بأن غاب : فإنه يتأخر المطالبة بالإحضار عن

الكفيل ، للحال ، ويؤجل إلى مدة يمكنه الإحضار في تلك المدة ، فإن لم يحضره وظهرت مماطلته ، فإنه يحبس الكفيل ، فإذا ظهر للقاضي أنه لا يقدر على الإحضار ، بدلالة الحال ، أو شهد الشهود بذلك ـ فإنه يخرج من الحبس ، وينظر إلى وقت القدرة ، كما في الإعسار في حق الدين ؛ وإذا أخرجه القاضي ، فإن الغرماء يلازمونه ، ولا يحول القاضي بينه وبين الغرماء ، ولكن ليس للغرماء أن يمنعوه من اشتغاله ، كما في الإفلاس سواء .

هذا إذا كفل بالنفس مطلقاً .

فأما إذا ادعى عليه ألف درهم فكفل بنفسه « على أن يوافيه به غداً ، فإن لم يوافه به غداً فعليه المال الذي ادعى » : فإن أقر المطلوب بالألف ، أو ثبت بالبينة ، وقضى القاضي ، وكفل على هذا الوجه : صحت الكفالة بالنفس ، وتصح الكفالة بالمال معلقاً بشرط ترك الموافاة غداً ، والكفالة بالشرط صحيحة ـ فإذا لم يواف به غداً : يؤخذ منه المال بسبب الكفالة بالمال ، وبقيت الكفالة بالنفس ، لأن من حجته أن يقول : « لي عليه مال آخر » .

ولو قال : « كفلت بنفسه على أني إن لم أواف به غداً فعليّ الألف » ، ولم يقل « الألف الذي ادعيت » : فعلى قول محمد : لا تصح الكفالة ، وعلى قولهما : تصح ، كأنه قال « فعليّ الألف الذي تدعي » ، لأنها هي المعهودة .

فأما إذا أنكر المطلوب المال ، ثم كفل بنفسه « على أن يوافيه به غداً وإن لم يواف به فعليه المال » ـ فلم يوافه به : لا يلزمه المال ، لأن وجوب المال لا يتعلق بالخطر ، أما الكفالة بالمال الثابت فيتعلق بالخطر .

ولو كفل بالنفس والمال ، وسماه ، ثم قال : « إن وافيتك به غداً فأنا

بريء منه » ، فوافاه به من الغد : يبرأ من المال في إحدى الروايتين ، وفي رواية : لا يبرأ ، لأن هذا تعليق البراءة بالشرط ، وفي البراءة معنى التمليك ، فلا يصح تعليقه بالشرط .

ولو كفل بالنفس « على أن يوافي به عند القاضي ، غداً » فسلمه إليه في السوق : فإنه يبرأ . والأصل أنه إذا سلمه في مكان يقدر على أن يحضره فيه إلى القاضي فهو كتسليمه في مجلس القاضي . وكذا إذا سلمه في أطراف هذا المصر . ولو سلمه في قرية هذا المصر التي ليس فيها قاضٍ : لا يبرأ .

ولو كفل « على أن يدفع في مصر معين » ، فدفع في مصر آخر : يبرأ عند أبي حنيفة ، وفي كل موضع فيه قاض ، وعندهما : لا يبرأ ما لم يسلم في ذلك المصر بعينه .

كتاب
الحـوالة

الحـوالة مشـروعة ، لقـولـه عليـه السـلام : « من أحيـل عـلى مـليء فليتبعه » .

ثم الحوالة مبرئة عندنا ـ حتى يبـرأ المحيل ، من الـدين الذي عليـه ، بالحوالة إلى المحتال عليه . وللمحتال له أن يطالب المحتال عليه لا غير .

وقال زفر : لا يبرأ ، وله أن يطالبهما ، كما في الكفالة .

وكذا الكفالة ، بشرط بـراءة الأصيل : حـوالة أيضـاً ، عندنـا ـ لأنها حوالة معنى .

ثم ليس للمحتال له أن يرجع على المحيل إلا إذا توى ما عـلى المحتال عليه ـ وذلك بطريقين عند أبي حنيفة : بأن يموت المحتـال عليه مفلسـاً ، أو يجحد المحتـال عليه الحـوالة ويحلف . وعنـدهما : بهـذين الـطريقـين ، وبـطريق ثالث ، وهـو أن يقضي القاضي بـإفلاسـه في حال الحيـاة ، لأن القضاء بالإفلاس صحيح عنـدهما في حـالة الحيـاة ، وعند أبي حنيفـة : لا يصح .

وعـلى قـول الشـافعي : لا يعـود الـدين إلى المحيـل أبـداً ـ والمسـألـة معروفة .

ثم الحوالة نوعان : مطلقة ومقيدة

أما المطلقةـ فأن يحيل صاحب الدين على رجل ، له مال عليه أو لم يكن ، وقبل ذلك الرجل .

فإن لم يكن عليه مال : يجب عليه أن يؤدي .

وإن كان عليه مال ، ولم يقيد الحوالة به ، بأن لم يقل : « أحيله عليك بمالي عليك » أو « على أن تعطيه مما عليك » ـ وقبل المحتال عليه : فعليه أداء الألفين : ألف إلى المحيل ، وألف إلى المحتال له ، وللمحيل أن يطالبه بذلك الألف ، لأنه لم تتقيد الحوالة به ، كما إذا كان عند رجل ألف درهم وديعة ، فأحال غريمه عليه بألف درهم ، ولم يقيده بالألف الوديعة ، فقبله : له أن يأخذ الوديعة ، وعلى المحتال عليه أداء الألف بالحوالة .

فأما اذا قيد الأداء بالمال الذي عليه : فليس للمحيل أن يطالبه بالأداء إليه ، لأنه تعلق به حق المحتال له ، فإذا أدى : تقع المقاصة بينهما .

ثم في الحوالة المطلقة ـ إذا لم يكن على المحتال عليه دين ، فأدى الى المحتال له ، أو وهب له ، المحتال له ، أو تصدق عليه ، أو ورث من المحتال له ، أو أدى المحتال عليه دنانير أو عروضاً بدل الدراهم : فإنه يرجع على المحيل بالمال ، بمنزلة الكفيل ، على ما مر . وإن أبرأه عن الدين ، وقبل منه ، ولم يرد الإبراء ـ فإنه يبرأ ، ولا يرجع على المحيل بشيء ، كما في الكفالة .

هذا إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ، **فإن كانت بغير أمره** ، فأدى المحتال عليه : فإنه لا يرجع ، وإن كان عليه دين : فهو بحاله .

كتاب
الصلح

الصلح مشروع بالكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب ـ فقوله تعالىٰ : ﴿ وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً ، والصلح خير ﴾[1] .

وأما السنة ـ فما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » .

وعليه الإجماع .

ثم الصلح أنواع ثلاثة :

أحدها ـ الصلح عن إقرار المدعى عليه : وهو جائز ، بالإجماع .

والثاني ـ الصلح عن إنكاره : وهو جائز ، عندنا . وقال ابن أبي ليلى : لا يجوز ، وهو قول الشافعي .

والثالث ـ الصلح عن سكوت المدعى عليه : وهو جائز أيضاً ، عندنا ، وهو قول ابن أبي ليلى . وقال الشافعي : لا يجوز ـ والمسألة معروفة .

ثم لا يخلو : إما إن كان الصلح بين المدعي والمدعى عليه ، أو بين المدعي والأجنبي .

---

(١) سورة النساء : ١٢٨ .

أما الأول :

فلا يخلو : إما أن تكون الدعوى في العين القائمة أو في الدين ، ولا يخلو : إما إن كان الصلح عن إنكار أو عن إقرار .

أما اذا كانت الدعوى في الأعيان القائمة ، والصلح عن إقرار : فإن هذا الصلح في معنى البيع ، من الجانبين ، فما يجوز في البيع يجوز في الصلح ، وما لا فلا . فإن كان المدعى به عروضاً أو عقاراً أو حيواناً من العبيد والدواب : يجوز الصلح **إذا كان بدل الصلح عيناً** قائماً معيناً مملوكاً له ، سواء كان كيلياً أو وزنياً أو غير ذلك من الحيوان والعروض .

أما إذا كان ديناً ـ فإن كان شيئاً من المكيل والموزون معلوم القدر والصفة : يجوز ، كما في البيع ، لأن هذه الأشياء تصلح ثمناً : عيناً كان أو ديناً .

وإن كان البدل ثياباً موصوفة في الذمة : لا يجوز ، ما لم يوجد فيه جميع شرائط السلم ، بخلاف الكيلي والوزني : فإنه يثبت ديناً في الذمة مطلقاً في المعاوضة المطلقة ، فيصلح ثمناً من غير أجل .

وإن كان البدل حيواناً موصوفاً في الذمة : لا يجوز ، لأنه لا يصير ديناً في مقابلة مال بمال ، فلا يصلح ثمناً .

وإن كان الصلح عن إنكار :

فكذلك الجواب في جانب المدعي .

فأما في جانب المدعى عليه : فهو إسقاط ، وبدل عمّا ليس بمال .

وعلى هذا ـ يثبت حق الشفعة ، في الجانبين ، في الصلح عن إقرار ، حتى إن البدل إذا كان داراً والمدعى به داراً : يثبت للشفيع الشفعة في الدارين وفي الصلح عن إنكار ، والمسألة بحالها : يثبت للشفيع الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ، دون الدار التي هي مدعى بها ، لما قلنا .

وكـذا حق الرد بـالعيب ،وحكم الاستحقاق : عـلى هذا ـ في الصلح عن إقرار : يثبت من الجانبـين ، وفي الصلح عن إنكار : يثبت في جـانب المدعي لا غير .

أما إذا كان المدعى به ذهباً أو فضة :

فإن كان البدل غير الذهب والفضة : فإنه يجوز الصلح ، كيفما كان .

وإن كان البدل ذهباً أو فضة :

فـإن كـان الصلح عن إقـرارٍ ، والبـدل من جنس المـدعى بـه : فـلا يصح ، إلا سواء بسواء ، ويشترط التقابض .

وإن كان بخلاف جنسه ، كالذهب مع الفضة : يجوز مع التفاضل ، ولكن يشترط القبض في المجلس ، لأن هذا صـرف ، فيشترط فيـه شرائط الصرف .

وكذلك الجواب في الصلح ، عن إنكار ، في حق المدعي .

هذا كله إذا كان المدعى به عيناً ـ فأما إذا كان ديناً :

فـإن كان دراهم أو دنـانير ، وبـدل الصلح عين مـال معلوم من غـير الكيلي والوزني : فإنه يجوز ، ويكون ذلك بمنزلة بيع العين بالـدين إن كان عن إقرار . وإن كان عن إنكار: ففي حق المدعي كذلك ، إلا أنه إذا كان البـدل من الـذهب والفضـة التي تتعـين ، كـالتبـر والأواني منهـما : يكـون صرفاً ، فيشتـرط التساوي والتقـابض في الجنس ، والتقابض ، في خـلاف الجنس ، دون التساوي .

وإن كان البدل من الدراهم والدنانيرـ فـإن كان من جنسـه ، كما إذا كـان عليه ألف درهم جيـدة ، فصالـح من ذلك عـلى ألف درهم جيدة أو رديئة : جاز ، ويكون هذا استيفاء عين حقه وإبراء عن صفته .

وإن صـالح عـلى خمسمائـة جيدة أو رديئـة : جاز ، ويكـون استيفـاء

للبعض وإبراء عن البعض .

وإن صالح على ألف درهم : لا يجوز ، لأنه لا يمكن أن يجعل استيفاء ، فيجعل صرفاً ، والتساوي شرط لصحة الصرف عند اتحاد الجنس .

وأصل هذا أن الصلح متى وقع على جنس ما هو المستحق بعقد المداينة ، يجعل استيفاء ، وإن لم يمكن أن يجعل استيفاء، يكون صرفاً ، فيشترط فيه شرائط الصرف .

وعلى هذا ـ إذا صالح من ألف درهم رديء ، على خمسمائة جيدة : لا يجوز ، لأن مستحق الرديء لا يستحق الجيد ، فلا يمكن أن يجعل استيفاء ، فيكون صرفاً ، وبيع ألف درهم رديء بخمسمائة جيدة : لا يجوز ، لأنه ربا .

ولو صالح من ألف سود ، على ألف بيض ، وسلمها في المجلس : جاز ، لأنه ليس باستيفاء ، وهو صرف ، فإذا وجد التقابض وهما في مجلس واحد : جاز ، لأن الجودة لا قيمة لها ، عند مقابلتها بجنسها . وإن افترقا : بطل .

ولو صالح عن ألف بيض ، على خمسمائة سود : جاز ،ويكون هذا حطاً عن القدر والصفة ، واستيفاء لبعض الأصل .

ولو صالح من الدين الحال على المؤجل ، وهما في القدر سواء : جاز ، ويكون هذا تأجيلاً للدين . ولو كان على العكس : يجوز أيضاً ، ويكون استيفاء ، ويصير الآخر تاركاً حقه ، وهو الأجل .

ولو كان الدين مؤجلاً ، وصالح على بعضه معجلاً : لا يجوز ، لأن صاحب الدين المؤجل لا يستحق المعجل ، فلا يمكن أن يجعل استيفاء ، فصار عوضاً ، وبيع خمسمائة بألف لا يجوز .

ولو كان البدل بخلاف جنسه ، بأن صالح من الدراهم على الدنانير : فإن وجد التقابض : يجوز ، وإن كان : لأنه لا يمكن أن يجعل استيفاء ، لاختلاف الجنس ، فيصير صرفاً ، فيشترط شرائط الصرف .

وكذا في سائر الوزنيات إذا كانت موصوفة في الذمة ، لأنه افترق عن دين بدين .

وعلى هذا إذا كان الدين كيلياً ، فصالح على جنسه ، أو على خلاف جنسه ، على الفصول التي ذكرنا من غير تفاوت .

وأما اذا كان بدل الصلح المنافع - بأن كان على رجل عشرة دراهم ، فصالح من ذلك على منفعة الدار سنة أو ركوب الدابة سنة ونحو ذلك : فإنه يجوز ، ويكون إجارة إن كان الصلح عن إقرار من الجانبين . وإن كان عن إنكار من جانب المدعي : فكل حكم عرف في الإجارة ، فهو الحكم ههنا : في موت العاقدين ، وهلاك المستأجر ، والاستحقاق من غير تفاوت ، وقد ذكرنا في الإجارة - إلا أن في الصلح عن إقرار يرجع إلى المدعى به ، وفي الصلح عن إنكار يرجع إلى أصل الدعوى .

وإن كان الدين المدعى به حيواناً - بأن وجب في الذمة عن قتل الخطأ ، أو في المهر وبدل الخلع ، فصالح على دراهم في الذمة ، وافترقا من غير قبض : جاز ، وإن كان هذا ديناً بدين ، لأن هذا ليس بمعاوضة ، بل استيفاء عين حقه ، لأن الحيوان الذي وجب في الذمة لم يكن وجوبه لازماً ، حتى إن من عليه إذا جاء بقيمته : يجبر من له على القبول - بخلاف سائر الديون .

هذا الذي ذكرنا إذا كان المدعى به مالاً . فأما إذا كان حقوقاً ليست بمال ، فصالح منها على بدل هو مال : فهذا على ضربين : ضرب يجوز ، وضرب لا يجوز .

أما الضرب الذي يجوز ـ فنحو الصلح عن موجب العمد في النفس وما دون النفس على أي بدل كان ، ديناً كان أو عيناً ، أقل من الدية وأرش الجناية أو أكثر ، لأن هذا بدل القصاص ، لا بدل الدية ـ إلا أن البدل إذا كان ديناً : لا بد من القبض في المجلس ، حتى لا يكون افتراقاً عن دين بدين . وبمثله لو كان الصلح في قتل الخطأ وجراح الخطأ ، فيما ذكرنا من جواز الصلح واشتراط القبض في الدين ، إلا أن الفرق بين العمد والخطأ أن في العمد الصلح على أكثر من الدية والأرض جائز ، وفي الخطأ على أكثر من الدية والأرش لا يجوز ، لأن ههنا الأرش والدية مقدران شرعاً ، والزيادة عليه ربا ، فلا يجوز ، فهو الفرق .

ثم ينظر : إن كان البدل مما يصلح مهراً في النكاح ، وتصح تسميته : يجب ذلك . وإن كان مما لا يصلح مهراً ولا تصح تسميته ، ويجب في ذلك مهر المثل : تجب ههنا دية النفس في القتل ، وأرش الجناية فيما دون النفس إلا في فصل واحد وهو أنه إذا صالح على خمر أو خنزير في العمد ـ فإن كان في النكاح : يجب مهر المثل ، وههنا : يسقط القصاص ، ولا يجب شيء ، ويكون ذلك عفواً منه .

وما عرفت من الجواب في الصلح عن دم العمد ، فهو الجواب في الخلع ، والعتق على مال ، والكتابة ، فيما ذكرنا .

وأما الضرب الثاني ـ فأنواع كثيرة :

منها ـ أن المشتري إذا صالح مع الشفيع عن حق الشفعة على مال معلوم : لا يجوز .

ومنها ـ أن الكفيل بالنفس إذا صالح المكفول له ، بمال معلوم على أن يبرأ من الكفالة : فالصلح باطل ، والكفالة لازمة .

ولو كان لرجل ظلة على طريق نافذة أو كنيف شارع ، فخاصمه رجل

فيه وأراد طرحه ، فصالحه على دراهم : فالصلح باطل ، لأن هذا حق لجماعة المسلمين ، ولم يكن له حق معتبر ، حتى يكون إسقاطاً لحقه .

وبمثله لو كان الطريق غير نافذ ، فخاصمه رجل من أهل الطريق ، فصالحه على دراهم مسماة : فالصلح جائز ، لأنه مشترك بين جماعة محصورة ، فيكون جزء منه ملكاً لهذا الواحد ، فيكون صلحاً عن حقه ، وفيه فائدة لاحتمال أن يصالح البقية ـ بخلاف الأول ، لأنه لا يتصور الصلح من جميع الناس .

ولو ادعى رجل على رجل مائة درهم ، فأنكرها المدعى عليه ، فصالح المدعي على أنه « إن حلف المدعى عليه ، فهو بريء » ، فحلف المدعى عليه : « ما لهذا المدعي قليل ولا كثير » : فإن الصلح باطل ، والمدعي على دعواه ، فإن أقام بينة : أخذه بها ، وإن لم يكن له بينة وأراد استحلافه : له ذلك ـ وإنما بطل ذلك ، لأنه إبراء معلق بالشرط ، وهو فاسد ، لأن فيه معنى التمليك . وأما الاستحلاف فهو على وجهين : إن حلف في غير مجلس القاضي : فله أن يحلفه ثانياً ، لأن الحلف في غير مجلس القاضي لا عبرة به ، فيحلفه ثانياً . وأما إذا حلف في مجلس القاضي : فلا يحلفه ثانياً ، لأن حق المدعي في الحلف صار مستوفى مرة ، فلا يجب عليه الإيفاء ثانياً .

ولو اصطلحا على أن « يحلف المدعي ، فمتى حلف فالدعوى لازمة للمدعى عليه » ـ فحلف المدعي على ذلك : فإن الصلح باطل ، ولا يلزم المدعى عليه شيء بهذا ، لأن هذا إيجاب المال بشرط ، وهو فاسد .

ولو ادعى على امرأة نكاحها ، فصالحها ، على مائة درهم ، على أن تقر له بالنكاح : فهو جائز ، وتكون المائة زيادة في مهرها ، لأن إقرارها بالنكاح محمول على الصحة .

وكذا لو قال لها : « أعطيتك مائة درهم ، على أن تكوني امرأتي » ـ فهو جائز إذا قبلت ذلك بمحضر من الشهود ، ويكون هذا كناية عن النكاح ابتداء .

وكذا لو قال : « تزوجتك أمس على ألف درهم » فقالت : « لا » ، فقال : « أزيدك مائة على أن تقري لي بالنكاح » ، فأقرت : كان لها ألف ومائة ، والنكاح جائز ، ويحمل إقرارها على الصحة .

وكذا لو ادعى على رجل مجهول النسب أنه عبده ، فأنكر وقال : « إني حر الأصل » ، فصالح المدعى عليه ، مع المدعي ، على بدل معلوم : جاز ـ حتى لو أقام المدعي البينة بعد ذلك : لا تقبل ، ويصير ذلك بمنزلة العتق ببدل ، ولكن تقبل البينة في حق إثبات الولاء .

ولو ادعى على رجل ألف درهم ، فأنكر ، فقال : « أقر لي بها عليك على أن أعطيك مائة درهم » ـ كان باطلاً ، لأن هذا إيجاب الألف على نفسه بمائة درهم .

وكذلك لو صالح القاذف مع المقذوف ، بشيء ، على أن يعفو عنه ، ولا يخاصمه ـ فهو باطل .

وكذلك لو صالح الشاهد ، بمال ، على أن لا يشهد عليه ، أو أراد أن يشهد على الزاني أو السارق أو القاذف ، فصالحوه على مال : فالصلح باطل ، ولا تقبل شهادته في هذه الحادثة ، وفي غيرها ، إلا أن يتوب ويسترد المال منه في جميع ذلك .

ولو ادعى رجل قبل رجل ، وديعة ، أو عارية ، أو مالا مضاربة ، أو إجارة ، فقال الأمين : « قد رددتها عليك » أو « هلكت » ، ثم صالحه على مال : فإن الصلح باطل عند أبي يوسف ، وعند محمد : جائز ـ وهي من الخلافيات .

وأما إذا كان الصلح بين المدعي والأجنبي :

فلا يخلو : إما إن كان بإذن المدعى عليه ، أو بغير إذنه .

أما إذا كان بإذنه :

فإنه يصح الصلح ، ويكون وكيلا عنه في الصلح ، ويجب المال على المدعى عليه ، دون الوكيل ، سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار ، لأن الوكيل في الصلح لا ترجع إليه الحقوق - وهذا اذا لم يضمن بدل الصلح عن المدعى عليه ، فأما إذا ضمن : فإنه يجب عليه ، بحكم الكفالة والضمان ، لا بحكم العقد .

فأما إذا كان بغير إذنه :

فهذا صلح الفضولي . وهو على أربعة أوجه :

في ثلاثة منها : يصح الصلح ، ويجب المال على المصالح الفضولي ، ولا يجب على المدعى عليه شيء - بأن يقول الفضولي للمدعي : « أصالحك من دعواك هذه على فلان بألف درهم على أني ضامن لك هذه الألف » أو « عليَّ هذه الألف » أو قال « عليّ ألفِي هذه أو على عبدي هذا » : أضاف المال إلى نفسه ، أو عين البدل فقال : « عليَّ هذه الألف أو عليَّ هذا العبد » ، وإنما كان هكذا ، لأن التبرع بإسقاط الدين ، بأن يقضي دين غيره بغير إذنه ، صحيح ، والتبرع بإسقاط الخصومة عن غيره صحيح ، والصلح عن إقرار إسقاط للدين ، والصلح عن إنكار إسقاط للخصومة ، فيجوز كيفما كان .

وفي فصل واحد - لا يصح ، بأن قال : « أصالحك من دعواك هذه مع فلان على ألف درهم ، أو على عبد وسط » - فإن هذا الصلح موقوف على إجازة المدعى عليه : فإن أجاز : يصح ، ويجب المال عليه دون المصالح ، لأن الإجازة بمنزلة ابتداء التوكيل ، والحكم في التوكيل كذلك ، وإن لم يجز : يبطل الصلح ، لأنه لا يجب المال ، والمدعى به لا يسقط .

وعلى هذا ـ **الخلع من الأجنبي** : على هذه الفصول :

إن كان بإذن الزوج : يكون وكيلاً عنه ، ويجب المال على المرأة للزوج دون الوكيل ، لأنه معبر وسفير ، فلا يرجع إليه بالحقوق .

وإن كان بغير إذنه : فإن وجد من الفضولي ضمان بدل الخلع أو قال : « خالع امرأتك على كذا درهم عليّ أو على عبدي هذا أو عليَّ هذا الألف أو عليَّ هذا العبد » ـ فإن الخلع صحيح ، ويجب المال على الفضولي ، وليس له أن يرجع ، لأنه متبرع .

وإن قال : « اخلع امرأتك على كذا » ، فقال : « خلعت » ـ فإنه موقوف على إجازة المرأة : فإن أجازت : صح الخلع ، ويجب البدل عليها دون الفضولي . وإن لم تجز : بطل الخلع ، ولا يقع الطلاق .

وعلى هذه الفصول : **العفو عن دم العمد من الأجنبي** .

وعلى هذه الفصول : **الزيادة في الثمن** من الأجنبي : إن كانت بإذنه : يكون وكيلاً ، وتجب على المشتري . وإن كانت بغير إذن المشتري : فهو على الفصول التي ذكرنا .

باب آخر
من الصلح

جمع في الباب مسائل متفرقة :

منها :

ـ أن من كان له على آخر ألف درهم ، فقال للمديون : « أصالحك على أن أحط عنك منها خمسمائة على أن تعطيني اليوم خمسمائة » ـ فصالحه على ذلك : قال أبو حنيفة ومحمد : إن أعطاه خمسمائة في ذلك اليوم : برىء من الخمسمائة الأخرى ، وإن لم يعطه حتى مضى اليوم : انتقض الصلح ، وعادت الألف عليه كما كانت . وقال أبو يوسف بأنه يبرأ من الخمسمائة ، ويبقى عليه خمسمائة .

ـ وأجمعوا أنه إذا قال : « أصالحك عن الألف على خمسمائة تعجلها اليوم فإن لم تعجلها فالألف عليك » ـ ولم يعجل اليوم : بطل الصلح ، وعليه الألف .

وحاصل هذا ـ أن عندهما : هذا الكلام ، في موضع الإجماع ، وهو الفصل الثاني ، ليس تعليق البراءة عن خمسمائة بشرط تعجيل خمسمائة ، لأن الألف كلها معجلة بحكم عقد المداينة ، فلا معنى لاشتراطه وهو ثابت ، ولأن تعليق البراءة بالشرط لا يجوز ، لأنه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد ، وهذا الكلام صحيح بالإجماع ، ولكنه حط وإبراء عن الخمسمائة للحال ، وتعليق فسخ البراءة بترك التعجيل في اليوم ، وتعليق الفسخ بالشرط جائز ، فإن من قال لغيره : « أبيعك هذا العبد بألف

درهم علـى أن تعجلها اليـوم ، فإن لم تعجلهـا فلا بيـع بيننا » ـ فـإن البيع جائز ، وجعل ترك التعجيـل شرطـاً في الفسخ ، فكـذا هذا ـ وهـذا المعنى موجود في فصل الخلاف .

وعنـد أبي يوسف : هـذا تعليق البراءة بشـرط التعجيل ، والبـراءة لا يصـح تعليقها بـالشروط ـ وجـه قول أبي يـوسف أنه صـالح عـلى عـوض بشرط تعجيله ، فاذا لم يوجد الوفاء ، بالتعجيل ، لم ينفسـخ العقد بـدون شرط الفسخ صـريحاً ، ولم يـوجد ، فبقي الحط صحيحـاً ، كما إذا قـال : « بعتك هذا العبد بألف على أن تعجلها اليوم » . بخلاف الفصـل المجمع عليه ، لأن ذلك صلح على خمسمائة للحال ، وجعل ترك التعجيـل شرطـاً للفسخ ـ عرفنا ذلك بالتنصيص على ذلك الشرط .

ـ ولـو صالـح على أن « يعـطيه خمسمـائة إلى شهـر عـلى أن يحط عنـه خمسمائة الساعة ، فإن لم يعطه إلى شهر ، فعليه الألف » ـ فهـو صحيح ، لأن هذا إبراء للحال ، وتعليق لفسخ الإبراء بالشرط .

وعلى هذا الكفالة : إذا أخذ منه كفيلاً بألف درهم ، فصالح معه على أن يحط خمسمائة وشـرط على الكفيـل ذلك إن أوفـاه خمسمائـة الى شهر ، فإن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر ، فعليه الألف : فهو جـائز ، والألف على الكفيل إن لم يوفه ، لما قلنا .

ولو ضمن الكفيل الألف مطلقاً ، ثم قال : « عنك حططت خمسمائـة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة ، فإن لم توفني فالألف عليـك » ـ فهذا صحيح ، وهو أوثق من الأول .

ـ ولو قال لمن عليه الألف : « متى ما أديت إليّ خمسمائة فأنت تبرأ عن الباقي » ـ فإن هذا لا يصح ، ويبقى عليه الألف ، لأن هذا تعليق البـراءة بالشرط .

ـ وكذلك إذا قال : « صالحتك على أنك متى ما أُديت إليّ خمسمائة فأنت بريء من خمسمائة » ـ لا يصح ، لما قلنا .

ـ وكذا من قال هذه المقالة لمكاتبه : « إذا أُديت إليّ خمسمائة فأنت بريء من باقي الكتابة » ، لما قلنا .

ولو قال له : « إن أديت إليّ خمسمائة فأنت حر » ، والبدل ألف ـ يصح ، ويبرأ ، لأن هذا تعليق العتق ، وتثبت البراءة حكماً .

ومنها :

المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً ، فصالحه البائع من العيب ، على شيء دفعه اليه ، أو حط عنه من ثمنه شيئاً : فإن كان المبيع مما يجوز رده على البائع ، أو كان له حق المطالبة بأرشه دون رده : فالصلح جائز ، لأن هذا صلح عن حقه . وإن لم يكن له حق الرد ولا أخذ الأرش : لا يجوز الصلح ، لأن هذا أخذ مال ، لا بمقابلة شيء ، فلا يجوز .

وهذا إذا كان بيعاً ، يجوز فيه التفاضل .

وأما اذا كان في بيع الربا : فلا يجوز لأنه يؤدي إلى الزيادة ، وهو ربا ، فلا يجوز .

وفي الموضع الذي جاز ـ إذا زال العيب ، بأن انجلى البياض : يبطل الصلح ، ويأخذ البائع ما أُدى ، لأنه زال حقه .

ولو صالح عن عيب قائم ، وعن كل عيب ـ يجوز .

ولو لم يجد به عيباً ، وصالح ، مع هذا ، عن كل عيب : جاز ، لوجود سبب الحق .

ولو صالح عن عيب خاص ، كالعمى ونحوه ـ يجوز ، لأنه لما جاز عن كل عيب ، جاز عن الواحد .

كتاب
المزارعة

في الكتاب فصلان : فصل في المزارعة ، وفصل في المعاملات . ونحتاج إلى :

تفسيرهما في عرف اللغة والشرع .

وإلى بيان مشروعيتهما ،

وإلى بيان أنواع المزارعة ،

وإلى بيان شرائط المزارعة : المصححة منها والمفسدة ،

وإلى بيان المعاني التي تجعل عذراً في فسخ المزارعة ، والامتناع منها بعد الشروع فيها .

أما الأول ـ فنقول :

المزارعة عبارة عن عقد الزراعة ، ببعض الخارج . وهو إجارة الأرض ، أو العامل ، ببعض الخارج .

وأما إجارتها بالدراهم والدنانير في الذمة ، أو معينة ، فلا يكون عقد مزارعة بل سمي إجارة ، وقد ذكرنا في كتاب الإجارة .

وكذا **المعاملة** : هو إجارة العامل ، ليعمل في كرمه وأشجاره ، من السقي والحفظ ، ببعض الخارج .

وأما بيان المشروعية :

فقال أبو حنيفة : كلتاهما فاسدتان غير مشروعتين .

وقال أبو يوسف ومحمد : كلتاهما مشروعتان .

وقال الشافعي : المعاملة مشروعة ، دون المزارعة ـ وهي معروفة في الخلافيات .

وأما بيان أنواع المزارعة :

ذكر في الكتاب وقال : المزارعة أنواع أربعة . وهي كذلك في الظاهر ، لكن يتفرع منها أنواع أخر ، ومعرفة ذلك مبنية على معرفة أصول :

منها ـ أن المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة ـ لأنها إما إجارة الأرض ، أو العامل ، ببعض الخارج : إن كان البذر من قبل صاحب الأرض : فهو مستأجر العامل ليعمل له في أرضه ، بما يعطيه من العوض ، وهو بعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر . وإن كان البذر من العامل : فهو مستأجر الأرض ، ليزرعها ، ببعض الخارج ، الذي هو نماء ملكه وهو البذر .

ومنها أيضاً ـ معنى الشركة بين المتعاقدين ، لكون الخارج مشتركاً ، بينهما ، على قدر ما سميا في العقد .

إذا ثبت هذا فنقول :

قد جاء الشرع بجواز المزارعة ببعض الخارج إذا كان عوضاً عن منفعة الأرض ، أو عن منفعة العامل ، بخلاف القياس ، لحاجة الناس ، لأن الأجرة معدومة مجهولة ، فمتى كان العقد على هذا الوجه : يكون مزارعة صحيحة ، وإلا فيكون مزارعة فاسدة .

وأصل آخر ـ وهو أن صاحب البذر يستحق الخارج بسبب أنه نماء ملكه ، لا بالإجارة ، والذي ليس بصاحب البذر يستحق الخارج بالشرط ، وهو عقد المزارعة ـ فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب البدل

المسمى ، وإذا كان فاسداً لا يستحق البدل المسمى ولكن يجب أجر المثل بمقابلة منفعة الأرض ، أو منفعة العامل ، لأنه لم يرض ببذل المنفعة من غير عوض . لكن عند محمد : يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ، وعند أبي يوسف : مقدراً بقيمة الخارج المسمى ـ ذكر الخلاف في كتاب الشركة ـ ويكون الخارج كله لصاحب البذر لأنه نماء ملكه . ثم إذا كان البذر من صاحب الأرض ، يكون الزرع كله له ، طيباً ، ولا يتصدق بشيء ، لأنه نماء ملكه ، وقد حصل في أرضه . وإن كان البذر من العامل فإن الخارج ، بقدر بذره وبقدر ما غرم من أجر مثل الأرض والمؤن ، يطيب له ، لأنه أدى عوضه ، ويتصدق بالفضل على ذلك ، لأنه ـ وإن تولد من بذره ـ لكن في أرض غيره ، بعقد فاسد ، فأورث شبهة الخبث .

وعلى هذا قالوا ـ في المزارعة الصحيحة : إذا لم تخرج الأرض شيئاً لا يجب على واحد منهما لا أجر العمل ولا أجر الأرض ، لأن الواجب هو الخارج ، لكون التسمية صحيحة ، فتقومت المنافع بهذا البدل ، فمتى لم يوجد بقيت المنافع على الأصل ، وهي غير متقومة .

وفي المزارعة الفاسدة : يجب أجر المثل وإن لم تخرج الأرض شيئاً ، لأن المنافع تتقوم ههنا بأجر المثل ، ففوت الخارج لا يمنع من وجوبه .

إذا ثبت هذا فنقول :

ذكر في الكتاب وقال : المزارعة أنواع أربعة ، وهي في الظاهر كذلك ، ولكن يتفرع منها أنواع أخر .

أما بيان الأربعة :

ـ أن يكون الأرض والبذر من رب الأرض ، والبقر والعمل وآلاته من العامل .

ـ أو يكون الأرض والبقر والبذر من رب الأرض ، والعمل من العامل لا غير .

ـ أو تكـون الأرض وحـدهـا من صـاحب الأرض ، والبـاقي كله من العامل .

ـ أو تكـون الأرض والبقر من صـاحب الأرض ، والبذر والعمـل من العامل .

ففي الثلاثة الأولى ـ المـزارعـة صحيحـة ، لأن في الفصـل الأول صاحب الأرض مستأجر للعمل ، والبقر آلة العمل ، فيكون تبعاً له ، فلا تكون الأجرة بمقابلة البقر ، كمن استأجر خياطاً ليخيط بآلته : يجوز .

وفي الفصل الثاني : صاحب الأرض مستأجر للعامل أيضاً وحده .

وفي الفصل الثالث : يكون العامل مستأجراً للأرض وحدها .

وقـد ذكرنـا أن استئجار الأرض وحـدها ، واستئجـار العامـل ببعض الخـارج وحده ـ يكـون مـزارعـة صحيحـة ، لـورود الحـديث فيـه مخـالفـاً للقياس .

وفي الفصـل الرابـع ـ لا يجوز ، لأنـه يصـير صـاحب البـذر ، وهـو العامل مستأجراً للأرض والبقر ، ببعض الخـارج ، فيكون البعض بمقـابلة البقر مقصوداً ، ولم يرد الشرع به ، فبقي على أصل القياس .

وروي عن أبي يوسف في الأمالي أنها جائزة .

وأما ما يتفرع منها :

ـ الاستئجار بالبذر : وهو أن يدفع الرجل بذراً إلى رجل ، ليزرعه في أرضـه ، ببقره ، بنصف أو بثلث ـ فـالمزارعـة فاسـدة ، لما قلنـا إنه يصـير مستأجراً الأرض والعامل جميعاً ، ولم يرد الشرع به .

وروي عن أبي يوسف أنها جائزة .

ـ ومنهـا : أن يشتـرك أربعـة : من أحـدهم الأرض ، ومن الآخـر البذر ، ومن الثالث البقر ، ومن الرابـع العمل ـ فهي فـاسدة . وفي عـين

هذه الحادثة ورد الأثر بالفساد .

ـ ولو شرط عمل صاحب الأرض مع العامل : لا يجوز ، لأنه لم يوجد تخلية الأرض ، ويجب أجر المثل فيها إذا كان البذر من العامل ، ويجب أجر مثل عمل العامل إذا كان البذر من صاحب الأرض .

ولو شرط عمل عبد صاحب الأرض على أن يكون الخارج أثلاثاً : ثلثه لصاحب الأرض ، وثلثه لعبده ، وثلثه للعامل ـ إن كان البذر من صاحب الأرض : جاز ، لأنه مستأجر للعامل ، فيكون العبد مُعِيناً له ، ويكون نصيب العبد لصاحبه . وإن كان البذر من العامل : لا يجوز ، ويكون الخارج لصاحب البذر ، وعليه أجر مثل الأرض والعبد ، وكذا أجر البقر إن كان من صاحب الأرض أيضاً .

ولو شرط عمل رجل أجنبي مع العامل ، على أن الخارج يكون أثلاثاً : فإن كان البذر من العامل : لا يجوز في حق العامل الثاني ، ويجوز فيها بين صاحب الأرض والعامل الأول ـ فيكون الثلث لصاحب الأرض ، والثلثان للعامل الأول ، وللعامل الثاني أجر المثل .

وإن كان البذر من صاحب الأرض : جاز ـ ويكون الثلث له ، ولكل عامل الثلث ، لأنه يصير مستأجراً للعاملين ، وهذا جائز .

وأما شرائط الصحة والفساد :

فمن شرائط الصحة ـ بيان المدة : سنة أو أكثر ـ وهذا جواب ظاهر الرواية .

وعن محمد بن سلمة[1] أنه قال : هذا في بلادهم ،لأن وقت الزراعة

(١) هو أبو عبد الله محمد بن سلمة الفقيه ـ تفقه على أبي سليمان الجوزجاني وتفقه عليه أبو بكر محمد ابن أحمد الإسكاف وهو شيخ أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحاوي . ومات سنة ٢٧٨ هـ وهو ابن سبع وثمانين سنة .

متفاوت ، فيصير ابتداء الزراعة مجهولاً ، أما في بلادنا فيجب أن يجوز ، لأن وقته معلوم ، فصار كالمعاملة ، ويقع على أول زرع يخرج .

وأما في المعاملة فالقياس أن يشترط بيان المدة ، وفي الاستحسان أنه يقع على أول ثمر يخرج ، فإذا انتهى الثمر انتهى العقد .

فأما في الرطاب ـ فإذا دفع الأرض ليزرع الرطاب ودفع بذرها ، أو دفع أرضاً فيها أصول رطبة ثابتة ، ولم يسم المدة : فإن كان شيئاً ليس لابتداء نباته ، ولا لانتهاء جزه ، وقت معلوم : لا يجوز ، فأما إذا كان وقت جزه معلوماً : فإنه يجوز ، ويقع على وقت جزة واحدة ، كما في الشجرة المثمرة .

ولو دفع إليه نخلاً فيها طلع[1] وبُسْر[2] أحمر أو أصفر أو أخضر : فإنه يجوز ، وإن لم يبيّن الوقت ، لأن وقت إدراكه معلوم .

ولو دفع إليه البُسْر وقد تناهى عظمه ، لكن لم يصر رطباً بعد ـ لا يجوز ، لأنه لم يبق للعامل عمل يحصل به الثمر .

وكذا الجواب في دفع الزرع مزارعة : إن كان بقلاً لم يَسْتَحْصِد : جاز ، وإن استحصد : لا يجوز ، لما قلنا .

ومنها ـ إذا شرط على العامل شرطاً يبقى منفعته إلى السنة الثانية ، وقد دفع الأرض مزارعة سنة ، كحفر الأنهار الصغار والآبار ووضع المُسَنّاة[3]: تفسد المزارعة ، وإن كان في موضع لا يبقى : يجوز .

وعلى هذا ـ إذا شرط الكراب[4]: لا تفسد ، لأنه لا تبقى منفعته في

---

(١) الطلع ما يطلع من النخلة وهو الكم قبل أن ينشق .

(٢) البُسْر التمر اذا لون ولم ينضج .

(٣) المُسَنّاة حائط يبنى في وجه الماء ويسمى السد .

(٤) كرب الأرض كراباً قلبها للحرث .

السنة الثانية ، وإن شرط الثنيان : تفسد ـ وبعضهم قالوا : أراد به تثنية الكراب مرتين ومراراً ، وهذا تبقى منفعته في السنة الثانية . ومنهم من قال : أراد به أن تثنى الكراب بعد انقضاء مدة المزارعة ، حتى يرد الأرض مكروبة إلى صاحبها ، وهو شرط مفسد .

ثم شرط الكراب إذا لم يكن مفسداً ـ هل يلزم المزارع ؟ فنقول : يلزم بالشرط ، لأنه سبب لزيادة الغلة ، فصار كمن اشترى جارية على أنها خبازة أو كاتبة ـ فيجبر على الكراب لو امتنع .

ولو عقد المزارعة مطلقاً ، هل يجب الكراب على العامل ؟ إن كان بحال يخرج الأرض زرعاً معتاداً من غير كراب : لا يلزمه ، وإن كان لا يخرج زرعاً معتاداً : فإنه يجبر عليه ، وإن كان يخرج شيئاً قليلاً ، لأنه وجب عليه مطلق عمل الزراعة ، فيقع على أدنى عمل معتاد ، فأما غير المعتاد من الزرع القليل : فلا عبرة به .

وكذا السقي : يجب عليه إذا كان لا يخرج زرعاً ، معتاداً ، بماء السماء وحده .

ولو دفع على أنه : « إن زرع بكراب ، فله كذا . وإن ثنى فله كذا . وإن زرع بغير كراب وثنيان ، فكذا » ـ صح العقد ، في ظاهر الرواية .

وكذا إذا قال : « إن زرع حنطة فله كذا ، وإن زرع شعيراً فله كذا » ـ فهو على هذا أيضاً .

ومنها ـ أن يشترط الحصاد ، والدياس[1] ، والتذرية ، والحمل إلى موضع البيدر[2] : فهو شرط مفسد للعقد ، في ظاهر الرواية ، وروي عن أبي يوسف أنه شرط صحيح ـ وهو قول مشايخ خراسان .

---

(١) الدياس مثل الدِّرَاس . وقد استعمل الفقهاء « الدياس » استعمال الدياسة ، الدياسة في الطعام أن يوطأ بقوائم الدواب أو يكرر عليه المدوس حتى يصير تبنا .

(٢) بيدر الحنطة كومها . والبيدر هو الموضع الذي يجمع فيه الحصيد ويداس .

وأما شرط الحمل ، بعد القسمة ، إلى منزل صاحب الأرض : فهو مفسد بالاتفاق .

ومنها ـ التخلية بين الأرض والمزارع : شرط الصحة ، وقد ذكرنا .

وأما المعاني التي تجعل عذراً للفسخ ، أو تجعل عذراً في الامتناع عن العمل أو حق أخذ الأرض ـ فنقول :

إذا عقد عقد المزارعة ، ثم أراد أحدهما الامتناع :

فإن كان صاحب البذر : له ذلك ، لأنه لا يمكنه الشروع ، إلا بعد إتلاف ملكه ، وهو البذر .

وإذا لم يكن صاحب البذر : ليس له ذلك ، إلا بعذر يفسخ به العقد .

ولو مات أحدهما : فللآخر أن يمتنع إن كان قبل الشروع . وبعد الشروع : ينفسخ العقد ، عندنا ـ خلافاً للشافعي ، على التفصيل الذي نذكر .

والأعذار الموجبة حق الفسخ ـ في جانب صاحب الأرض هو الدين الذي لا وجه لقضائه إلا بثمن الأرض ، أو كون العامل جانياً .

وفي جانب العامل هو المرض الذي يعجزه عن العمل ، والسفر ، ونحو ذلك .

ثم إذا فسخ أو ترك العقد ، وقد عمل فيها العامل من الكراب ، وكرى السواقي ، ونحوها : فإنه لا يأخذ شيئاً من صاحب الأرض ، لأنه لا قيمة للمنافع ، وهما قوماها بالخارج ، وقد بطل سبب الاستحقاق ، بالفسخ ـ لكن هذا في الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالىٰ : فعليه أن يرضي العامل بإعطاء عوض عمله .

ثم بيان كيفية الفسخ بموت أحد العاقدين ـ فنقول :

إن مات رب الأرض ، والزرع بقل ، وقد عقد المزارعة ثلاث سنين ـ فإنه يبقى العقد في هذه السنة ، لهذا الزرع ، وليس لورثة رب الأرض أخذ الأرض ، ولكن تترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد ، فاذا استحصد قسموه على شرطهم ، وتنتقض المزارعة ، فيما بقي من السنين ، وإنما يبقى العقد نظراً للجانبين شرعاً .

ولو مات المزارع ، والزرع بقل : فإن كان ورثة المزارع قالوا : « نحن نعمل » : فليس لصاحب الأرض أن يقلع . وتبقى المزارعة حكماً . فأما إذا قال ورثة المزارع : « نحن لا نعمل ، ولكن نقلع الزرع ، والبقل بيننا » ـ لا يجبرون على العمل ، ويقال لصاحب الأرض : « اقلع فيكون بينكم ، أو اعطهم قيمة حصتهم والزرع كله لك ، أو أنفق على حصتهم وتكون نفقتك في حصتهم » .

فأما إذا انقضت المدة من غير موت المزارعين ، والزرع بقل ـ انتهى عقد المزارعة ، ولكن الزرع مشترك بينهما ، فيكون العمل عليهما إلى أن يستحصد ، وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض .

وعلى هذا في مدة الإجارة والعارية : إذا انقضت ، والزرع بقل ، فإنه يجب أجر مثل الأرض ، ويترك الزرع حتى يستحصد ، نظراً لهما ـ بخلاف الموت : فإنه ثمة لا يجب أجر مثل الأرض ، لأن ثمة يبقى العقد حكماً ، ويكون العمل على العامل ، لا عليهما .

وعلى هذا قالوا : إن الجمال إذا مات في بعض طريق مكة : فإن المستأجر يمضي إلى مكة بالمسمى ، لأنا بقينا العقد حكماً ـ كذا هذا .

وكذا إذا كان على صاحب الأرض دين فادح ، وفي الأرض الزرع

بقـل : ليس له أن يبيـع الأرض ، بل يبقى العقـد الى أن يَسْتَحْصِد ، لما قلنا .

كتاب
الإكراه

الإكراه نوعان :

نوع يوجب الإلجاء والاضرار : كالتخويف بالقتل ، وقطع العضو ، والضرب المبرح المتوالي الذي يخاف منه التلف .

ونوع لا يوجب : كالتخويف بالحبس ، والقيد ، والضرب اليسير .

والذي يقع عليه الإكراه ، من الفعل والترك ، إما إن كان من الأمور الحسية أو من الأمور الشرعية .

أما إذا وقع الإكراه على الفعل الحسي :

فهو أقسام ثلاثة ، في حق الإباحة والرخصة والحرمة .

أما الذي يحتمل الإباحة ـ كشرب الخمر وأكل الميتة والخنزير : فإن كان الإكراه بما يوجب الاضطرار ، وهو القتل وقطع العضو ونحوه :

فإن كان غالب حال المكره أنه يقتله لو لم يشرب : فإنه يباح له شربه وتناوله ، لأن هذا مما يباح عند الضرورة ، كما في حال المخمصة .

وإن كان غالب حاله أنه لا يقتله ، ولا يحقق ما أوعده ، أو كان التخويف بما ليس فيه خوف تلف النفس ، كالحبس ، والقيد ، والضرب اليسير : فإنه لا يباح الإقدام عليه ولا يرخص حتى يأثم بالإقدام عليه ، لأنه يجب تقديم حق الله تعالى على حق نفسه .

وفي الفصل الأول : يباح ـ حتى لوأقدم : لا إثم عليه . ولو لم يقدم حتى هلك : يأثم ، لأنه صار مهلكاً نفسه عن اختيار .

:وأما الفصل الذي يرخص فيه ولا يسقط الحرمة ـ كما إذا أكره بالقتل على أن يجري كلمة الكفر على لسانه ، أو على أن يشتم محمداً ﷺ ، أو على أن يصلي إلى الصليب ـ فإنه لا يباح له ذلك ، ولكن يرخص له الفعل . وإن امتنع حتى قتل : كان مثاباً ثواب الجهاد ، لأن الحرمة لم تسقط ، بخلاف الفصل الأول .

وعلى هذا ـ لو أكره على إتلاف مال إنسان ، بما فيه خوف التلف ، وغالب ظنه أن يفعل ـ فإنه يرخص ، ولا يباح ، لأن حرمة مال الغير لا تسقط ، لحقه ، ولكن يرخص بالضمان ، كما في حال المخمصة .

وأما الفصل الثالث ـ فلا يباح ولا يرخص ، وإن كان يخاف القتل على نفسه ، كما إذا أكره بالقتل على أن يقتل فلاناً المسلم ، أو يقطع عضوه ، أو يضربه ضرباً يخاف فيه التلف . وكذا في ضرب الوالدين على وجه يخاف منه التلف ، لأن القتل حرام محض ، وضرب الوالدين كذلك ، فلا يسقط ، لأجل حقه . ولو فعل : فإنه يأثم في الآخرة .

وأما أحكام الدنيا من القود والضمان ـ فنقول :

في الإكراه على إتلاف مال الغير : يجب الضمان ، على المكره ، بلا خلاف .

وأما في القتل خطأ ، وعمداً : فيكون الحكم على المكره عند أبي حنيفة ومحمد ، ويصير المكره آلة ، ويصير قاتلاً ، فيكون الحكم عليه . وعند أبي يوسف : تجب الدية على المكره ، ولا يجب القود أصلاً . وعند الشافعي : يجب على المكره والمكره جميعاً القود . وعند زفر : على المكره ـ والمسألة معروفة .

وكذا في الإكراه على القطع : على هذا الخلاف .

هذا إذا لم يأذن المكره عليه ، للمكره ، على ما أكره .

أما إذا أذن له بقطع اليد ، والقتل : فلا يباح للمكره ذلك ، لأنه لا يباح بالإباحة والإذن ـ ولكن في القطع : لا يجب الضمان على أحد ، لوجود الإذن من جهته ، وفي القتل : لا عبرة لإذنه ، بل تجب الدية على المكره ، كما لو لم يوجد الإذن ـ هذا جواب ظاهر الرواية ـ وفي رواية : لا يجب .

ولو أكره على الزنا ، بالقتل ـ لا يباح ، ولا يرخص للرجل ، ويرخص للمرأة .

وكان أبو حنيفة يقول أولاً : إنه لا يجب الحد ، ثم رجع وقال : فإن كان الإكراه من السلطان : لا يجب الحد ، ويجب العقر . وإن كان من غيره : يجب الحد .

وعندهما : لا يجب الحد ، ويجب العقر ـ كيفما كان .

وأما الإكراه على الأمور الشرعية :

فنوعان في الأصل : إما إن ورد الإكراه على إنشاء التصرف ، أو على الإقرار به .

أما إذا ورد على الإنشاء :

فهو على وجهين :

إن كان تصرفاً يحتمل الفسخ ، ويشترط فيه الرضا ، كالبيع والشراء والإجارة ونحوها ، والإكراه بأي طريق كان ـ فإنه يكون التصرف فاسداً : إن اتصل به التسليم : يفيد الملك ، وإلا فلا .

وعلى قول زفر : يكون موقوفاً على إجازة المكره ـ والمسألة معروفة .

وهذا إذا باع أو اشترى بالثمن الذي أكره عليه .

فأما إذا بـاع بخلاف جنسـه : ينفذ ، ويخـرج عن الإكراه ، لأنـه أتى بغير ما أكره عليه . وإن باع بأقـل من ذلك الثمن : فـالقياس أن ينفـذ ، ولا يكون مكرهاً ، وفي الاستحسان : يكون مكرهاً . وإن باعه بأكـثر من ذلك الثمن : يكون طائعاً .

وإن كان تصرفاً لا يحتمل الفسخ ، كالطلاق ، والعتاق ، والنكـاح ، واليمـين ، والنذر ، ونحـوها : فـإنـه ينفـذ التصـرف ، عنـدنـا ـ خـلافـاً للشافعي ، والمسألة معروفة .

ثم الطلاق ـ إن كان قبل الدخـول بها : يلزمـه نصف المهر المسمى . والمتعة في غير المسمى : على المكره ، لأنه وجب عليه بسبب إكراهه . وإن كان بعد الدخول : يجب على الزوج المكره ، لأنه استوفى منفعة البضع .

وأمـا في العتاق فيجب الضمـان على المكـره ، سـواء كـان مـوسـراً أو معسـراً ، ولا يسعى العبد في ذلـك ، ويكون الـولاء للمعتق المكره ، لأن العتق حصـل بفعل المكـره ، لكن جعل ذلـك إتلافـاً من المكـره ، فعليـه قيمته .

وفي النكاح ـ إذا أكرهت المرأة على التزويج بألف ، ومهر مثلهـا عشرة آلاف : فـالنكاح صحيـح ، ويقول القـاضي للزوج : « إن شئت تمم لهـا مهر مثلها ، وإلا فرقت بينكما » إن لم ترض المرأة إن كان الزوج كفواً لها . وتخير المرأة إن كان غير كفء ، وإن تمم لها مهر مثلهـا . وإن رضيت المرأة بنقصـان المهر ، وعـدم الكفاءة ـ يثبت الخيـار لـلأوليـاء في عـدم الكفـاءة بالاتفاق ، وفي نقصان المهر عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما ـ هذا إذا كـان قبل الدخول . فإن كان بعد الدخـول ، وهي غير مكـرهة في التمكـين : يجوز النكـاح ، لوجـود الرضـا ، دلالة ، ويسقط الخيـار للمرأة ، ويبقى الخيـار للأولياء . وإن فرق القاضي بينهـما : فلا شيء عليـه قبل الـدخول ، لأن

الفرقة جاءت من قبلها .

وأما إذا أكره على الأقارير :

فلا يصح ، سواء كان بالمال ، أو الطلاق ، أو العتاق ، ونحو ذلك ، لأن الإقرار إخبار ، والخبر الذي ترجح كذبه ، لا يكون حجة ، والإكراه دليل رجحان الكذب .

ولكن هذا إذا كان الإكراه بوعيد شيء معتبر عند الناس ، حتى يكون نافياً للضرر . ويختلف باختلاف حال المكره من الشرف والدناءة ، والضعف والقوة ، حتى قال أصحابنا بأن السوط الواحد والقيد والحبس في اليوم الواحد إكراه في حق بعض الناس ، وليس بإكراه في حق البعض ، فيكون مفوضاً إلى رأي القاضي المجتهد ، لاختلاف أحوال الناس فيه .

ولو أكره رجل على قتل وارثه ، بإكراه يوجب الإلجاء ، فإنه لا يحرم عن الميراث ، وإن كان لا يباح له الإقدام على قتله ، لأنه مضطر فيه .

ولو أكره رجل على شراء ذي رحم محرم منه ، حتى عتق - لا يجب على المكره شيء ، لأن الشراء يصح بمثل القيمة ، والزيادة عليه لا تجب ، والإعتاق وشراء القريب سواء في ثبوت العتق ، إلا أنه لا تجب القيمة ههنا ، لأنه حصل له عوض وهو صلة الرحم .

ولو أكره على شراء عبد قال له : « إن ملكتك فأنت حر » ، فاشتراه ، وقبضه حتى عتق عليه : لا يضمن المكره ، لأنه مباشر الشرط ، فإن العتق باليمين يقع .

وكذا لو قال لعبده : « إن دخلت هذه الدار فأنت حر » - فأكره على أن يدخل الدار ، فدخل ، فعتق : لا يضمن ، لأنه مباشر للشرط ، دون العلة .

ثم الإكراه عند أبي حنيفة إنما يصح من السلطان لا غير .

وعندهما : يصح من كل مسلط ، له قدرة تحقيق ما وعد .

وقيل : إن هذا اختلاف زمان ، لأن في زمن أبي حنيفة كان لا يقدر على الإكراه إلا السلطان ، وفي زمانهما تغيرت الأمور فأجاب كل واحد على حسب زمانه .

وبعضهم حققوا الاختلاف من حيث المعنى .

ولو أن صبياً مسلطاً ، بأن كان سلطاناً ، أكره رجلاً ، بالقتل ، على القتل ، ونحوه ـ فالجواب فيه ،وفي البالغ ، سواء ، لأنه تحقق منه الإكراه له .

وكذا إذا كان رجل به مِرَّة[1] يختلط العقل به ، وهو مسلط : يجوز إكراهه ، كالعاقل ، سواء .

---

(١) المرة مزاج من أمزجة البدن .

كتاب القسمة

القسمة في الأملاك المشتركة نوعان : قسمة الأعيان ، وقسمة المنافع وهي المهايأة .

أما قسمة الأعيان المشتركة

فمشروعة - عرفنا شرعيتها بحديث رسول الله ﷺ : أنه قسم خيبر بين الغانمين . وعليه توارث الأمة .

والأعيان المشتركة قد تكون أمثالاً متساوية - فقسمتها تكون تمييز الأنصباء لا غير ، مثل المكيل والموزون والعددي المتقارب .

وقد تكون أشياء مختلفة ، مثل الدور والعقار والعروض والحيوان - وقسمتها تكون في معنى البيع .

ثم القسمة قد تكون من القاضي وأمينه بإذنه ، وقد تكون من الشركاء عند التراضي .

فان كانت القسمة من القاضي عند المرافعة إليه :

فإن كان في ذلك منفعة لهم : فإنه يقسم . وإن كان فيه ضرر أو لا حاجة لهم إلى ذلك : فإنه لا يفعل ، وإن تراضيا عليه ، ولكن يفوض الأمر إليهم حتى يقسموا بأنفسهم - فإن الحمام المشترك بين اثنين إذا طلبا من القاضي القسمة لا يقسم ، لأن في القسمة ضرراً ، لأنهما يتضرران بذلك ، لأنه لا يمكن الانتفاع ببعض الحمام دون البعض . ولو قسما

بأنفسهما : جاز ، لولايتهما على أنفسهما .

وكذا في البيت الواحد ، والثوب الواحد ، والجوهرة الواحدة : لا تجوز القسمة من القاضي . ولو طلبا منه القسمة : لا يفعل ، ولو قسما بأنفسهما : جاز .

وكذا دار بين اثنين ، لأحدهما فيها شقص قليل : إن طلب صاحب القليل : لا يقسم ، لأنه لا فائدة له فيه ، فيكون متعنتاً . وإن طلب صاحب الكثير : يقسم ، لأن له حاجة في ذلك ويدفع الضرر عن نفسه ، ولو قسما بأنفسهما : جاز ، لما قلنا .

ثم المقسوم لا يخلو : إما إن كان دوراً أو عقاراً ، أو منقولاً :

فإن كان عقاراً ، وهي في يد الجماعة ، وطلبوا القسمة من القاضي - فإن قالوا : « هي بيننا ميراث عن فلان » : فإن عند أبي حنيفة : لا يقسم حتى يقيموا البينة على موت فلان ، وعلى عدد الورثة - وعندهما : يقسم بإقرارهم ، ويشهد أنه قسمها بإقرارهم .

ولو كان ذلك **في عروض أو شيء منقول** : فإنه يقسم بإقرارهم ، بالاتفاق .

وكذا إذا أقروا بكون **العقار** بينهم ، ملكاً مطلقاً ، ولم يدعوا انتقال الملك فيها من واحد : فإنه يقسم بينهم ، بإقرارهم ، بالإجماع .

وإن ادعوا أنهم اشتروا من فلان الغائب : ففي رواية الأصل : لا يقسم حتى يثبتوا الانتقال من الغائب ، وفي رواية : يقسم بإقرارهم .

وهذا إذا لم يكن في الورثة غائب كبير أو صغير لا ولي له ، فأما اذا كان **في الورثة كبير غائب أو صغير** : فعند أبي حنيفة : لا يقسم على كل حال . وعندهما : ينظر : إن كانت الدار في يد الكبار الحضور : فإنه يقسم بينهم ، ويضع حق الغائب في يد أمين يحفظه ، ويوكل عن الصغير

رجلاً حتى يحفظه . وإن كانت الدار في يد الغائب أو في يد الصغير أو في أيديهما منها شيء : فإنه لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة ، بالاتفاق .

ثم إذا قامت البينة على الميراث ينظر : إن كان الحاضر اثنين فصاعداً ، والغائب واحد أو أكثر ، وفيهم صغير : فإن القاضي يقسم بينهم ، ويعزل نصيب كل صغير وغائب ، ويجعل في يد أمين يحفظه .

ولو كان هذا في ملك مطلق ، وشريكان حاضران ، وشريك غائب : فالقاضي لا يقسم ، لأن القاضي له ولاية في الجملة ، في مال مشترك بين الورثة ، فيكون قضاء على الحاضر ، ولا ولاية له على مال الغائب مقصوداً ، فلا يقسم من غير أن يحضر من يقوم مقامه .

ولو حضر وارث واحد ، وغاب الباقون ، وطلب القسمة : فإن القاضي لا يقسم ، لأن القسمة لا تصح إلا بين المتقاسمين الحاضرين .

ولو كان وارث كبير حاضر ، وهناك وارث صغير : نصب القاضي له وصياً ، وقسم ، لأنه حضر المتقاسمان وطلب أحدهما القسمة ، فإنه يحكم بالقسمة على أحدهما للطالب .

ولو قسم داراً بين شريكين ، وفيها مسيل الماء والطريق ونحوهما : فإن قسم مطلقاً وأمكن أن يجعل في نصيب كل واحد منهما طريقاً ومسيل ماء : فإنه تصح القسمة في الكل . وإن كان لا يمكن جعل الطريق في ملك أحدهما ، بل يحتاج إلى تسييل الماء والاستطراق في نصيب شريكه : فإن ذكر القاسم في القسمة : « إني قسمت الدار بينهما بحقوقها » - فإنه يبقى مشتركاً بينهما ، فيكون له حق تسييل الماء والاستطراق في نصيب شريكه .

وإن لم يذكر الحقوق : تنقض القسمة ، ويكون ذلك غلطاً من

القاسم ، لأنه لا يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع به بدون الطريق .

ولو قسم دوراً بينهم ، وجعل لكل واحد نصيبه في دار واحدة ، سواء كانت متلاصقة أو في بلدة أو في بلاد : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : إن كان يمكن التعديل في القسمة في ذلك ـ فلا بأس به .

وعلى هذا قسمة الرقيق ، بأن جعل نصيب كل واحد في عبد : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : جائز .

فأما في المنقول سوى الرقيق ـ إذا كان جنساً واحداً ، مثل الإبل والبقر ، والغنم ، والمكيل ، والموزون : فإنه جائز ، بلا خلاف ، لأن التفاوت يسير .

فأما إذا جعل لأحدهم الإبل ، وللآخر الغنم ، وللآخر البقر : لم يجز ، لاختلاف الأنواع .

وكذا في الثياب من جنس واحد : تجوز القسمة ، وفي الأجناس المختلفة : لا تجوز . وفي الثوب الواحد : لا تجوز ، لأنه يحتاج إلى القطع ، وهو ضرر .

ثم إذا قسم الدار فإنه يقسم العَرْصة بالذراع ، ويقسم البناء بالقيمة ، ويجوز أن يجعل لأحدهما أكثر ذراعاً من الآخر ، لأن قيمته أكثر .

ثم ذكر أبو الحسن أن أبا حنيفة قال : يحتسب في القسمة كل ذراع من السفل الذي لا علو له ، بذراعين من العلو الذي لا سفل له .

وقال أبو يوسف : ذراع من السفل بذراع من العلو .

وقال محمد : يقسم على القيمة دون الذراع .

ومشايخنا قالوا : إنما أجاب أبو حنيفة على عادة أهل الكوفة ،

لاختيارهم السفل على العلو .

والعمل في هذه المسألة على قول محمد ، لاختلاف حال البلاد في ذلك ، فتعتبر القيمة .

ثم ما كان في البيع من خيار الرؤية ، وخيار الشرط ، والرد بالعيب - ففي القسمة كذلك : لا يختلفان ، لأنها في معنى البيع - وهذا اذا قسما بالتراضي .

فأما إذا قسم القاضي - فكذلك في العيب ، ولا يثبت خيار الرؤية ، ولا خيار الشرط فيه ، لأنه لو فسخ كان للقاضي أن يقسم ثانياً ، فلا فائدة فيه .

ولأحد الشريكين أن يحفر في نصيبه بئراً أو بالوعة ، وإن كان يضر بقسم شريكه - وكذا هذا في الجارين .

وإذا ظهر للميت دين بعد القسمة ، أو وارث غائب ، أو طفل أُدرك ولم يكن له وصي : فلهم نقض القسمة ، لأن القاسم غلط فيها . فإن كان للميت مال سوى ما قسم : يقضى منه الدين ، ولا ينقض القسمة .

وكذلك إذا قضى بعض الورثة الدين ، أو كفل رجل عن صاحب الدين . وكذا لو ظهر الدين للوارث الذي قسم ، ولا تكون القسمة منه إبراء للدين الذي عليه ، لأنه ربما لا يعلم ذلك .

وكذلك إذا ظهرت الوصية لأجنبي ، أو ظهر ولد وارث : فإنه تنقض القسمة ، لأن الموصى له كواحد من الورثة .

وأما المهايأة

فنوعان : من حيث المكان ، أو من حيث الزمان .

أما من حيث المكان ـ بأن كانت داراً كبيرة ، يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية : جاز ، وهي قسمة المنافع ، ولا يشترط فيها بيان المدة .

ولو استغل أحدهما نصيبه : جاز ـ بخلاف العارية : فإنها لا تؤاجر . وقال بعضهم : لا يجوز ، كما في العارية ، إلا إذا اشترطا الاستغلال لمن شاء منهما .

وأما من حيث الزمان ـ بأن كانت داراً صغيرة ، يسكن أحدهما شهراً والآخر شهراً : جاز ، وهذا في معنى العارية ـ ولهذا يشترط المدة .

ولو آجر أحدهما : لا يجوز كما في العارية .

ولو تهايآ في الرقيق المشترك ـ فأخذ أحدهما عبداً ، والآخر عبداً : جاز عندهما بلا شك ، لأن قسمة الرقيق جائزة عندهما . وعند أبي حنيفة : تجوز ههنا ، لأنها قسمة المنافع ، وهي من جنس واحد .

وفي النخيل والشجر المشترك ـ إذا أخذ أحدهما طائفة يستثمرها وينتفع بثمرها خاصة، والآخر طائفة : لا يجوز ، لأنها استحقاق العين بالإجارة .

وفي الأراضي ـ يزرع أحدهما البعض ، والآخر البعض : جائز ، لأنها قسمة المنافع .

كتاب
المأذون

قال :

يحتاج إلى :

بيان مشروعية الإذن ، للعبد ، في التجارة ،

وإلى تفسير الإذن ،

وإلى بيان حكم الإذن ، وما يملك به العبد من التصرف وما لا يملك .

وإلى بيان صحة الحجر ،

وإلى بيان حكم المأذون بعد الحجر .

أما الأول :

فلما روي عن النبي عليه السلام أنه كان يجيب دعوة المملوك . وعليه توارث الأمة .

وأما إذن العبد الصغير العاقل ، أو الصبي الحر العاقل - فصحيح ، عندنا . وعند الشافعي : لا يصح - والمسألة معروفة .

وأما تفسير الإذن - فنقول :

الإذن نوعان : خاص ، وعام .

فأما الإذن الخاص - فأن يقول لعبده : « اشتر بدرهم لحماً لنفسك » أو : « اشتر كسوة لنفسك أو لفلان » ، فاشتراه - فإنه يجوز ، ويكون

مأذوناً ، في ذلك ، خاصة . والقياس أن يكون مأذوناً في الأنواع كلها ، لأن الإذن بالتصرف لا يتجزأ ، وفي الاستحسان : يقتصر على ما أذن فيه ، لأن هذا من باب الاستخدام ، فلو نفذ الإذن إلى غيره ، ولم يكن قصد المولى أن يكون مأذوناً في التجارات : لا يقدر على الاستخدام .

وأما الإذن العام ـ فأن يقول : « أذنت لك في التجارات » أو « في التجارة » ـ يصير مأذوناً في الأنواع كلها ، بلا خلاف .

أما إذا أذن في نوع ، بأن قال : « اتجر في البز ، أو في بيع الطعام أو في غير ذلك ـ يصير مأذوناً في أنواع التجارات ، عندنا . وعند زفر والشافعي : يقتصر على ما سمي .

وكذا إذا قال : « اقعد في التجارة أو في الصناعة » ـ يصير مأذوناً في جميع أنواع الحرف .

وكذا إذا قال : « أذنت لك أن تتجر شهراً أو سنة » ـ يصير مأذوناً ، في جميع الأوقات ، ما لم يحجر عليه حجراً عاماً .

وكذا لو قال : « اتجر في البز ، ولا تتجر في الخز » ـ لا يصح نهيه ، ويعم الإذن : في النوعين ، وغيرهما ـ والمسألة معروفة : أن الإذن تمليك التصرف ، أو إسقاط الحق وفك الحجر .

ثم الإذن قد يثبت صريحاً ، وقد يثبت بطريق الدلالة .

فالصريح ـ ما ذكرنا .

وأما الدلالة ـ بأن رأى المولى عبده ، يبيع ويشتري ، فسكت ولم ينهه عن ذلك : يصير مأذوناً في التجارات ، ولا يصير مأذوناً في بيع ذلك الشيء بعينه ، وفي الشراء يصير مأذوناً ـ وهذا عندنا .

وعند الشافعي : لا يصير مأذوناً .

والسكوت يكون إذناً في مواضع : فإن من باع عبداً من إنسان ،

بحضرته ، والعبد ساكت ـ يكون إقراراً منه بالرق ، دلالة .

ـ وكذا المشتري : إذا قبض السلعة بحضرة البائع ، وسكت البائع : يكون إذناً بالقبض .

ـ وكذا إذا سمع الشفيع بالبيع ، فلم يطلب الشفعة ، وسكت : يكون تسليماً للشفعة .

ـ وكذا البكر : إذا زوجها وليها ، فسمعت من الولي ، وسكتت : يكون إذناً .

وله نظائر .

وفي بعض المواضع لا يكون السكوت رضا ، على ما عرف في موضعه .

وكذلك إذا قال لعبده : « أدِّ إليّ ألفاً فأنت حر » ـ فإنه يصير مأذوناً ، لأنه لا يقدر على الأداء إلا بالكسب ، فيكون إذناً له ، دلالة .

وكذلك إذا كاتب عبده : يصير مأذوناً ، لأنه جعله أحق بكسبه .

ثم الإذن بالتجارة **يصح** ، معلقاً بشرط ، ومضافاً إلى وقت ـ بأن قال : « أذنت لك إلى رأس الشهر » أو قال : « إذا جاء رأس الشهر فقد أذنت لك » ـ جاز ، لأن الإذن إسقاط لحق نفسه ، والإسقاط يصح تعليقه بالاخطار .

وبمثله لو علق الحجر بالشرط : لا يصح ، لأن الحجر فيه معنى الإثبات ، وإعادة الحق ، ولا يصح تعليق الإثبات بالشرط .

وأما بيان حكم الإذن ، وما يملك المأذون وما لا يملكه ـ فنقول :

كل ما كان من التجارة ، وتوابع التجارة ، وضروراتها ـ فإنه يملكه المأذون ، ومالا فلا .

وله أن يستأجر إنساناً ليعمل معه ، أو مكاناً ليحفظ فيه أموالـه ، أو دواباً ليحمل عليها أمتعته .

وله أن يؤاجر ما اشترى من الدواب ، والرقيق .

وله أن يؤاجر نفسه أيضاً .

ويصح منه الشراء بالنقد والنسيئة ، وبالعروض ـ لأن ذلك معتاد للتجار .

ويملك البيع والشراء ، بغبن يسير ، بالإجماع. وأما بالغبن الفاحش : فيملك أيضاً عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما ، كما اختلفوا في الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بغبن فاحش ـ إلا أن في الوكيل بالشراء بغبن فاحش : لا يجوز عند أبي حنيفة . وعندهما : يجوز . وفي المأذون : الشراء والبيع سواء : يجوز بغبن فاحش عند أبي حنيفة ، لأن الوكيل متهم ، ولا تهمة ههنا .

ويملك تأخير الدين من ثمن مبيع ، أو إقرار له بإتلاف كسبه ، ونحو ذلك .

والقرض لا يصح تأجيله منه ، كما لا يصح من الحر .

وأما الحط فلا يصح منه ، لكونه تبرعاً .

وكذلك الإبراء ، والكفالة ـ لأنه تبرع .

ويملك التصدق باليسير ، والضيافة اليسيرة ـ لأنها من ضرورات التجارة ، عادة .

ولا يملك التصدق بالدرهم الكامل ، ولا الهبة ، ولا الهدية ، ولا القرض .

وكذا لا يملك الكفالة بالنفس ، ولا بالمال ، لأنها تبرع .

ولا يملك أن يكاتب ، وأن يعتق على مال ، لأنه ليس من التجارة .

ويملك أن يوكل بالبيع والشراء ، لأنه هذا من عادة التجار ، فإنه لا

يقدر أن يفعل ذلك كله بنفسه .

ويجوز له أن يتوكل عن غيره ، بالبيع ، بالاتفاق .

وهل يجوز أن يتوكل بالشراء عن غيره ؟ إن وكله بالشراء ، نقداً ، ودفع الثمن إليه أو لم يدفع : فالقياس أن لا يجوز ، لأنه يصير في معنى الكفيل بالثمن . وفي الاستحسان : يجوز .

واذا توكل بشراء عبد نسيئة : لا يجوز الشراء عن الآمر ، ويصير مشترياً لنفسه ، لأنه يصير الثمن عليه ، والملك يقع لغيره ، وعليه التسليم إليه ، لأن الثمن مؤجل ، فيكون بمعنى الكفالة . فأما إذا كان الشراء بالنقد ، فلا يجب عليه التسليم إلى الآمر ، بل له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن من الموكل ، فلا يكون في معنى الكفالة ، بل في معنى البيع .

ويملك أن يأذن ، لعبيده ، في التجارة .

وله أن يعير دوابه .

وله أن يودع ، ويقبل الوديعة ـ لأن هذا من صنيع التجار .

وله أن يدفع المال مضاربة ، ويأخذ المال من غيره مضاربة ، ويشارك مع غيره شركة عنان . ولا يجوز أن يشارك شركة مفاوضة ، لأنها تتضمن الكفالة ، ولا تصح منه الكفالة . وإذا شارك شركة مفاوضة ، تنقلب شركة عنان .

وهل يملك أن يكاتب عبداً من أكسابه ؟ إن لم يكن عليه دين ، وأجاز المولى : جاز ، ويكون العبد مكاتباً لمولاه ، ويدفع بدل الكتابة إلى المولى ، ويعتق ، إلا إذا أذن المولى إياه بقبض بدل الكتابة . وإن كان عليه دين : لا يصح ، لأنه تعلق به حق الغرماء ، فيكون موقوفاً على إجازة المولى : فإن لم يجز المولى ، وردّ الكتابة : ينفسخ ، وما اكتسبه يصرف إلى دينه . وإن أجاز المولى الكتابة ، وأمر العبد بقبض بدل الكتابة : إن كان عليه دين مستغرق : لا تصح الكتابة ، لأن هذا إعتاق بشرط الأداء ، والمولى

لا يملك كسب عبده المأذون إذا كان عليه دين مستغرق ـ فكذا هذا ، ويباع المكاتب في الدين . وإن كان الدين غير مستغرق : يعتق البعد ، ويضمن المولى قيمة العبد للغرماء ، لتعلق حقهم به ، كما لو أعتقه ابتداء . وعندهما : تصح الكتابة ، كيفما كان ، كما يصح الإعتاق ، كيفما كان ، والكسب الذي أداه المكاتب ، إلى العبد المأذون ، يدفع إلى الغرماء ، وإن فضل شيء فعلى مولاه ، لإتلاف حقهم ، بالإعتاق .

ولا يملك التسري بجارية من أكسابه ، لأنه لا يملك حقيقة .

وليس له أن يتزوج ، لأنه ليس من التجارة . فإن أذن المولى ، جاز ، وعليه المهر بعد العتاق إن كان النكاح بغير إذن المولى . وإن كان بالإذن منه : يتعلق برقبته وكسبه ، لكن بعدما فضل من دين التجارة إن ثبت بإقرار المولى . فإن ثبت بالبينة : تحاص المرأة الغرماء بمهرها .

وليس له أن يزوج عبده ، لأنه ليس من التجارة ، وفيه ضرر بالمولى .

وكذا ليس له أن يزوج أمته عندهما . وعند أبي يوسف : يملك ، لأنه تصرف نافع .

ويصح منه الإقرار ، على نفسه ، بالثمن ، والأجرة .

ولو أقر بالغصب : فإن كان معاينة ، فالضمان يتعلق برقبته ، لأنه من التجارة معنى ، فإنه يملك به المغصوب .

وكذلك اذا جحد المضاربة ، والوديعة ـ لأنه بمعنى الغصب .

ثم إذا ثبت تعلق الدين برقبة العبد ، وكسبه ـ فإن الدين يقضى من الكسب أولاً . فإن فضل من الدين شيء ، أو لم يكن له كسب أصلاً ـ فإن القاضي يبيع الرقبة إذا طلبه الغرماء ، إلا إذا قضى المولى دينه .

ولا يجوز من المولى بيع العبد إلا بإذن الغرماء ، أو بإذن القاضي ، أو

بأن يقضي دينهم ، لأن ملكه قائم لكنه مشغول بحق الغرماء .

ولو أعتقه المولى : صح إعتاقه . لأنه ملكه ـ غير أنه إن كان عليه دين أقل من قيمته يقضي ديونه ، وإن كانت ديونه أكثر من قيمته ، غرم قيمته ، وإن كثرت : فإن فضل شيء عن قيمته يؤاخذ العبد بعد العتاق .

وإن كان المأذون مدبراً ، أو أم ولد ، ثم أعتقه ـ جاز عتقه ، ولا ضمان للغرماء ، لأنه حقهم غير متعلق بهما ، لأنه لا يجوز بيعهما .

ولو أعتق عبد عبده المأذون : إن كان عليه دين مستغرق : لا يصح إعتاقه ، عند أبي حنيفة ـ خلافاً لهما . وإن كان غير مستغرق : يصح بالإجماع ، والمولى ضامن لقيمته ، إن كان موسراً ؛ وإن كان معسراً ، فللغرماء أن يضمنوا العبد ، ويرجع هو على المولى ، كما إذا أعتق العبد المرهون .

فأما حكم الحجر ـ فنقول :

إن المولى يملك حجر العبد المأذون ، إذا كان حجراً مشهوراً ، بأن يشتهر ذلك في السوق .

فأما إذا حجر في بيته : فلا يصح ، لأن فيه ضرراً بالناس وغروراً .

ولو باعه ، ولا دين عليه : يصير محجوراً ، لأنه صار ملك الغير ، فلا تبقى ولاية الأول عليه .

وكذا إذا كانت جارية ، فاستولدها المولى : صارت محجوراً عليها ، دلالة منع المولى أم الولد عن الخروج إلى الأسواق .

وإن أغمي عليه : لم يصر محجوراً ، استحساناً .

وفي الجنون : يصير محجوراً .

وإذا أبق أو ارتد : صار محجوراً . وقال أبو يوسف : لا يصير محجوراً .

وإذا دبر المأذون : لا يصير محجوراً ، لأنه يمكنه التصرف مع التدبير .

وإذا صح الحجر : فلا يملك التصرف ، بعده ، في حق المولى .

ولو أقر بشيء من حقوق الأموال : فإنه لا يلزم مولاه ، ولا يتعلق برقبته ، لكن يؤاخذ بعد العتاق .

وإذا كان في يده شيء من الأكساب ، وعليه دين : فإنه لا يصح حجره في حقها . وليس للمولى أن يستردها ، لتعلق حق الغرماء به .

ولو جنى المأذون جنايات : فإنه يقتص فيما يجب فيه القصاص ، والدفع أو الفداء فيما لا يجب فيه القصاص . والمأذون وغير المأذون في ذلك سواء ـ وقد ذكرنا هذا في كتاب الديات ، فلا نعيده .

كتاب
السير

قال :

يحتاج إلى :

تفسير الجهاد ،

وإلى بيان كيفية فرض الجهاد ،

وإلى بيان من يفترض عليه ،

وإلى بيان ما يجب حال شهود الوقعة ،

وإلى بيان أحكام الأنفال والغنائم ،

وإلى بيان حكم الجزية ،

وإلى بيان أحكام أهل الردة .

وإلى بيان أحكام البغاة ، ونحو ذلك .

أما تفسير الجهاد

فهو الدعاء إلى الدين الحق ، والقتال ، مع من امتنع عن القبول ، بالمال والنفس ـ قال الله تعالىٰ : ﴿ انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم ﴾[1] (الآية) وقال : ﴿ إن الله اشترى من المؤمنين ﴾[2] (الآية) .

(1) التوبة : ٤١ .

(2) التوبة : ١١١ .

وأما بيان كيفية فرضه ـ فنقول :

إنه فرض كفاية ، لا فرض عين . ونعني به أنه إذا لم يقم بـه البعض من أهـل الثغور وغيـرهم ممن هو يقـرب منهم ، فـإنـه يفـرض عـلى جميـع الناس ، ممن له قدرة عليه ، إما بالنفس أو بالمال . فـإذا قام بـه البعض ، سقط عن الباقين ، لأن المقصود ـ وهو دفع شر الكفرة ، والدعـاء إلى دين الإسلام ـ يحصل بالبعض ، فما لم يتعـين البعض ، يجب على الكـل ، وإذا تعين البعض ، سقط عن الباقين .

ولهذا قلنا ـ إذا كان النفير عـاماً : يجب عـلى العبد أن يخـرج بغير إذن المولى ، وعلى المرأة القادرة عليه أن تخرج بغير إذن زوجها ، وعلى الولد أن يخرج بغير إذن الوالدين ، أو أحدهما ، إذا كان الآخر ميتـاً . فأمـا إذا قام به البعض : فلا يجوز لهؤلاء أن يخرجوا إلا بالإذن .

وأما بيان ما يجب حال شهود الوقعة ـ فنقول :

إذا لقي الغزاة قوماً من الكفار ـ فإن لم تبلغهم الدعـوة أصلاً ، ينبغي أن يدعوهم إلى الإسلام أولاً . فإن أبوا ، فإلى الـذمة . فـإن أبوا فحينئـذ يقاتلونهم .

فأما إذا بلغتهم الدعوة ، فالأولى البِدَاءة بـالدعـاء إلى الإسلام . فـإن بدأوا بالقتال والإغارة والبَيات عليهم ، فـلا بأس بـذلك ، لأنـه قد تـوجه عليهم الخطاب بالإيمان ، باتفاق الأمة .

فإن سمع رجلاً قال : « لا إلـه إلا الله » أو قال : « أشهـد أن محمداً رسول الله » ـ فإن كـان من عبدة الأوثـان أو من الثنويـة أو من الدهـرية : فإنه لا يباح قتله لأنه أتى بالتوحيـد . وإن كان من أهـل الكتاب : فـإتيان الشهادتين لا يكفي ، ما لم يتبرأ من دين اليهودية والنصرانية .

وكـذا إذا قال : « أنـا مسلم » أو « مؤمن » أو « أنا مصـل » ، لأنهم

يعتقدون أن دينهم إسلام ، وأن لهم شرائع وصلاة .

وإذا قال : « أنا صليت مع المسلمين بجماعة » أو « أنا على دين محمد » ـ ، لا يباح قتله ، لأن ذلك دلالة الإسلام .

ثم الغزاة لهم أن يقتلوا : كل من كان من أهل القتال ، وكل من قاتل ، وإن لم يكن من أهل القتال في الجملة، نحو الصبيان ، والمجانين ، والرهابين ، والشيوخ الهَرْمى . فأما إذا لم يقاتلوا : فلا يباح قتل هؤلاء .

وأما الرهابين : فإن كانوا لا يخالطون الناس : فكذلك . وإن كانوا يخالطون الناس أو يدلون على عورات المسلمين : فيباح قتلهم .

ولا بأس أن يحرقوا حصونهم بالنار ، ويغرقوها بالماء ، وينصبوا المجانيق على حصونهم ، ويهدموها عليهم ، وأن يرموها بالنبال ، وإن علموا أن فيهم أُسارى االمسلمين والتجار ، لأن فيه ضرورة .

وكذا اذا تترسوا بأطفال المسلمين وبأُساراهم، لكن ينبغي أن يقصدوا به قتل الكفار دون المسلمين ، لما فيه من ضرورة إقامة الفرض عليهم .

ثم إذا ظفر الغزاة بهم ، فلا بأس بأن يقتل المقاتلة منهم من كان مقاتلاً ، سوى الصبي والمجنون : فإنه لا يباح قتلهما بعد الفراغ من القتال ، لأنهما ليسا من أهل القتل ليكون جزاء على قتالهما ، إلا إذا كان الصبي أو المعتوه ملكاً ، فلا بأس بقتلهما ، كسراً لشوكتهما ، ويباح ، في حالة القتال ، لدفع الشر .

وأما الشيوخ ، والرهابين ، والنسوان ـ إذا قاتلوا : فيباح قتلهم : بعد الفراغ أيضاً ، جزاء على قتالهم ، إلا إذا كانت المرأة ملكة : فيباح قتلها ، وإن لم تقاتل .

وينبغي لهم أن يخرجوا إلى دار الإسلام نساءهم ، وصبيانهم ، ويسترقوهم ، لما فيه من منفعة المسلمين ، ولا ينبغي أن يتركوهم في دار

الحرب ، لما فيه من ضرر بالمسلمين .

وأما الشيخ الفاني الذي لا قتال عنده ، ولا يقدر أن يلقح لكن يمكن أن يفادى به ـ فإن شاءوا : تركوه ، وإن شاءوا : أخرجوه ، على قول من يرى مفاداة الأسير بالأسير ، وعلى قول من لا يرى : يتركونه في دارهم ، لأنه لا فائدة فيه .

وكذا في العجوز الكبيرة التي لا تلد .

ولا ينبغي للغزاة أن يفر واحد من اثنين منهم . والحاصل أن الأمر مبني على غالب الظن : فإن غلب في ظن المقاتل أنه يغلب ويقتل : فلا بأس بأن يفر منهم ، ولا عبرة بالعدد ، حتى إن الواحد ، إذا لم يكن معه سلاح ، فلا بأس بأن يفر من اثنين معهما السلاح أو من الواحد الذي معه سلاح .

ثم الغزاة هل لهم أن يؤمنوا الكفرة ؟ إن كان عندهم أن القوة للكفرة : يجب أن يؤمنوا حتى يتقووا ، ثم يخبروهم بنقض الأمان ، ويشتغلوا بالقتال ، لأن الأمان في هذه الحالة في معنى القتال .

ثم أمان الواحد الحر ، أو العبد المقاتل ، أو المرأة ـ صحيح ، بلا خلاف .

فأما أمان العبد المحجور : فلا يصح عندهما ، وعند محمد والشافعي : يصح ـ والمسألة معروفة .

وأما أمان الصبي المراهق : فلا يصح عندهم . وعند محمد : يصح .

وأجمعوا أنه لا يجوز أمان التاجر في دار الحرب ، ولا الأسير فيها ، ولا أمان المسلم الذي لم يهاجر إلينا ، ولا أمان الذمي المقاتل معهم ، لأنهم متهمون في ذلك .

فأما المسلم الحر : فيستوي فيه الأعمى والمريض والشيخ الكبير ، لأن هؤلاء من أهل الرأي .

ثم بعد صحة الأمـان ، للإمـام أن ينقض ، إذا رأى المصلحة فيـه ، لكن يخبرهم بذلك ، ثم يقاتلهم ، حتى لا يكون تغريراً لهم .

وكذا الجواب في الموادعة ، وهـو الصلح على تـرك القتال ، مـدة ، بمـال أو بغـير مـال : تجـوز من الإمـام إن رأى المصلحـة ، ثم يخبـرهـم بالنقض ، وينقض حتى لا يكون تغـريراً . ومـا أخذ من المـال ، إن لم يتم المدة ، يرد إليهـم بقدره .

وكذلك الموادعة في حق المرتدين ، وأهل البغي : جائزة إذا كان فيـه مصلحة ، لأن هذا بمنزلة الأمان .

وهذا إذا كان الصلح على أن يكونوا على حكم الكفر .

ولو صالحوا ، على أن يكونوا عـلى أحكام المسلمـين ، فإنهم يصيـرون ذمة ، ولا يجوز لنا نقض ذلك ، كعقد الذمة .

وأما أحكام الأنفال ، والغنائم ـ فنقول :

هنا ثلاثة أشياء : النفل ، والغنيمة ، والفيء .

أمـا النفل : فـما خصه الإمـام ، لبعض الغزاة ، تحـريضـاً لهم عـلى القتال ، لزيادة قوة وجرأة منهم ـ بأن قـال : « من قتل قتيـلاً فله سَلَبه » ، أو قال لِسَرِيَّة : « ما أصبتم فهو لكم » ، أو قال لأحد معين : « ما أصبت فهو لك » ـ فـإنه مختص بـه ، ويثبت الملك له في النفـل ، ولا يشارك فيـه غيـره من الغـزاة . والسَّلَب عبـارة عن ثيـاب المقتـول ، وسـلاحـه ، التي معه ، ودابته التي عليها سرجها ، وآلاتها ، وما عليها من الحقيبـة التي فيها الأموال ، وما على المقتول من الكيس الذي فيه الـدراهم . فأمـا ما يكـون مـع غلامـه على فـرس آخر ، وأمـواله التي عـلى دابة أخـرى ـ فذلـك من

الغنيمة : يشترك فيه الغزاة كلهم ـ وهذا عندنا .

وعند الشافعي : السَّلَب للقاتل ، وإن لم ينص عليه الإمام ـ وهي مسألة معروفة .

وأما الفيء : فما حصل من غير مقاتلة ـ فهو خاص لرسوله عليه السلام ، فيتصرف فيه رسول الله ﷺ كيف شاء ـ قال الله تعالىٰ : ﴿ وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء ﴾[1] .

وأما الغنائم : فهو اسم لما يؤخذ ، من أموال الكفرة ، بقوة الغزاة ، وقهر الكفرة ، بسبب القتال ، بإذن الإمام .

ويتعلق بالغنائم أحكام :

منها ـ حكم ثبوت الحق والملك فيها ـ فنقول :

هذا أقسام ثلاثة :

أحدها ـ أن يتعلق حق التملك ، أو حق الملك ، للغزاة ، بنفس الأخذ والاستيلاء ، ولا يثبت به الملك قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا ـ خلافاً للشافعي : فإن عنده ، في قول : يثبت الملك بنفس الأخذ . وفي قول : بعد الفراغ من القتال ، وانهزام العدو .

ويبتنى على هذا الأصل فروع :

منها ـ أن الإمام إذا باع شيئاً من الغنائم ، لا لحاجة الغزاة ، أو باع واحد من الغزاة : فإنه لا يصح عندنا ، لعدم الملك .

وكذا لو أتلف واحد من الغزاة في دار الحرب : فإنه لا يضمن .

ولو مات واحد من الغزاة : لا يورث سهمه .

---

(1) الحشر : ٦ ٧

ولو لحق المدد الجيش ، قبل القسمة ، في دار الحرب : يشاركونهم في القسمة .

ولو قسم الإمام في دار الحرب ، لا مجتهداً ولا باعتبار حاجة الغزاة : فإنه لا يصح القسمة عندنا .

وعند الشافعي : يصح بخلاف ذلك في الفصول ـ والمسألة معروفة .

وأما بيان ثبوت الحق ـ فإن الأسير إذا أسلم قبل الإحراز بدار الإسلام : فإنه لا يكون حراً . ولو أسلم قبل الأخذ : يكون حراً ، لما أنه يتعلق به حق الغزاة ، بالأخذ .

وكذلك لو أسلم أرباب الأموال قبل الإحراز ، بدار الإسلام : فإنهم لا يختصون بأموالهم ، بل هم من جملة الغزاة في الاستحقاق ، بسبب الشركة في الإحراز بدار الإسلام، بمنزلة المدد .

وكذا ليس لواحد من الغزاة ، أن يأخذ شيئاً من الغنائم ، من غير حاجة ، ولو لم يثبت الحق كان بمنزلة المباح .

والقسم الثاني ـ بعد الإحراز ، بدار الإسلام ، قبل القسمة : فإن حق الملك يتأكد ويستقر ، ولكن لا يثبت الملك أيضاً .

ولهذا قالوا : لو مات واحد منهم ، يورث نصيبه . ولو قسم الإمام ، أو باع ـ جاز . ولو لحقهم مدد لا يشاركونهم ، ويضمن المتلف ، ولكن الملك لا يثبت ، حتى لو أعتق واحد من الغزاة عبداً من عبيد الغنيمة : لا يعتق ، لأنه لا يثبت الملك الخاص إلا بالقسمة .

والقسم الثالث ـ بعد القسمة : يثبت الملك الخاص ، لكل واحد ، فيما هو نصيبه .

فأما حكم الطعام والعلف في دار الحرب ـ فنقول :

لا بأس بتناول الطعام والعلف ، لعموم الحاجة ، سواء كان المتناول

غنياً أو فقيراً ، من غير ضمان ، لأن في إلزام الغني حمل الطعام والعلف ، مع نفسه ، مدة ذهابه وإيابه ومقامه ، في دار الحرب ، حرجاً عظيماً .

وإذا كان محرزاً بدار الإسلام : لا يباح التناول ، بغير ضمان .

وما فضل من الطعام والعلف ، بعد الإحراز ، قبل القسمة ـ فإنه يرد إلى الغنيمة إن كان غنياً ، وإن كان فقيراً يأكل بالضمان . وإن كان بعد القسمة ، فإنه يرد ثمنه إلى الفقراء .

وإن باع شيئاً منه ، يرد ثمنه إلى المغنم ، إن كان غنياً ، قبل القسمة . وإن كان بعد القسمة : يتصدق على الفقراء . وإن كان فقيراً : يأكل إن كان بعد القسمة .

وأما ما سوى الطعام والعلف من الأموال ـ فلا يباح للغزاة أن يأخذوا شيئاً منها ، لتعلق حق الكل بها ، إلا في السلاح والكراع والثياب ، عند الحاجة ؛ وإذا استغنى : يرده إلى المغنم ، أو يدفع إليه بحصته من الغنيمة ـ فلا يباح للغني أن يفعل ذلك ، بخلاف الطعام والعلف .

ومنها ـ حكم كيفية قسمة الغنائم ـ فنقول :

يقسم على خمسة أسهم : فأربعة أسهم للغزاة ، والخمس لأربابه ، وإنما يصرف إلى المقاتلة ، يعني به أهل القتال ، سواء كان شاباً أو شيخاً ، عبداً مأذوناً أو حراً ، بعد أن كان رجلاً مسلماً مأذوناً للقتال ، وسواء كان صحيحاً أو مريضاً .

أما الصبي العاقل ، والمرأة ، والذمي ، والعبد المحجور عن القتل ـ إذا قاتلوا ، فإنه يرضخ لهم الإمام شيئاً ، لا سهماً كاملاً ، لأنه لا يجب القتال على هؤلاء ، إلا عند الضرورة .

ثم ينظر : إن كان راجلاً فله سهم واحد ، وإن كان فارساً فله

سهمان عند أبي حنيفة : سهم له ، وسهم لفرسه . وعندهما : له ثلاثة أسهم : سهم له ، وسهمان لفرسه .

ثم يسهم للفارس لفرس واحد عند أبي حنيفة ومحمد وزفر . وعند أبي يوسف : يسهم لفرسين ،ولا يسهم لما زاد على ذلك ـ وهذه المقادير تعرف بالأخبار الواردة في الباب .

ومنها ـ أنه يعتبر حال المقاتل ، في كونه فارساً أو راجلاً ، في حال دخوله دار الحرب ، في ظاهر الرواية ، إذا كان قصده الدخول للجهاد ، حتى إذا كان يدخل تاجراً ، فإنه لا يستحق . ولو دخل فارساً ، لقصد الجهاد ، يستحق سهم الفرسان ، وإن مات فرسه .

وعند الشافعي : يعتبر وصف المقاتل حال شهود الوقعة ـ والمسألة معروفة .

ولو دخل راجلاً ، ثم اشترى فرساً ، أو وهب له ، أو ورث ، أو استعار ، أو استأجر ، وقاتل فارساً : فله سهم راجل ، لاعتبار حال الدخول .

وروى الحسن عنه أنه له سهم فارس .

ولو دخل فارساً ، ثم باع فرسه ، أو آجره ، أو أعاره ، أو رهنه أو وهبه وسلم : روى الحسن عن أبي حنيفة أن له سهم فارس ، لاعتبار الدخول . وذكر في السير الكبير أن له سهم راجل ، لأنه لم يكن دخوله لقصد الجهاد ـ فاعتبر الحسن حالة الدخول بناء على الظاهر ، واعتبر حال شهود الوقعة أيضاً ، لأجل حقيقة القتال .

ومنها ـ حكم الأسرى ، فنقول :

الإمام بالخيار : إن شاء قتل المقاتلة منهم ، سواء كانوا من المشركين أو من أهل الكتاب ، من العرب أو من العجم ، لأنه قد يكون مصلحة

المسلمين في قتلهم ، وإن شاء استرقهم وقسمهم بين الغانمين ، إلا في حق مشركي العرب : فإنهم لا يسترقون ، ولكن يقتلون إن لم يسلموا ـ قال الله تعالىٰ : ﴿ تقاتلونهم أو يسلمون ﴾[1] .

فأما النساء والذراري : فيسترقون كلهم ، العرب والعجم فيه سواء ، ولا يباح قتلهم ، لأنه فيه منفعة للمسلمين .

وليس للإمام أن يمن على الأسرى ، فيترك قتلهم ، لأن فيه إبطال حق الغزاة ، من غير نفع يرجع إليهم .

وهل يجوز أن يترك قتلهم بالمفاداة ، بأن يفادى بهم أسرى المسلمين ؟ عند أبي حنيفة : لا تجوز المفاداة[2]. وعند أبي يوسف ومحمد : تجوز المفاداة بهم .

ولا يجوز مفاداة أسرى الكفار بمال يؤخذ منهم ـ والمسألة معروفة .

ثم للإمام خيار آخر في حق أهل الكتاب ، وعبدة الأوثان من العجم : أن يعقد معهم عقد الذمة على أن يقبلوا الجزية ، ويترك الأراضي في أيديهم بالخراج ، كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق في حق مشركي العجم .

فأما في حق مشركي العرب : فلا يجوز أخذ الجزية منهم ، كما لا يجوز الاسترقاق ، فيقسم أراضيهم بين الغزاة ، لقوله عليه السلام : « لا يجتمع دينان في جزيرة العرب » .

ومنها ـ حكم الخمس ، فنقول :

إن الخمس في زماننا يقسم على ثلاثة أسهم : سهم لليتامى ، وسهم

(١) الفتح : ١٦ .

(٢) المفادة بين اثنين ـ يقال فاداه اذا أطلقه وأخذ فديته . وعن المبرد : المفاداة أن يدفع رجلاً ويأخذ رجلاً ، والفداء أن يشتريه . وقيل : هما بمعنى » .

للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل . ولم يكن ذكر هؤلاء الأصناف على طريق الاستحقاق ، حتى لو صرف إلى صنف منهم ، جاز ، كما في الصدقة .

واختلف مشايخنا : قال بعضهم بأن في زمن النبي عليه السلام كان يقسم على خمسة أسهم : سهم للرسول ﷺ ، وسهم لأقرباء الرسول عليه السلام : للفقراء دون الأغنياء . وقال بعضهم : يصرف إلى الفقراء والأغنياء من الأقرباء ، وثلاثة أسهم إلى ما ذكر الله تعالىٰ في الكتاب ـ وهذا عندنا .

وعند الشافعي : يقسم على خمسة أسهم : فسهم الرسول يصرف إلى كل خليفة في زمانه ، وسهم ذوي القربى يصرف إلى بني هاشم من أولاد فاطمة وغيرها ، وثلاثة أسهم أخرى إلى ما نص الله عليهم .

وعندنا على الوجه الذي كان ، وقد بقي ثابتاً ، وهم فقراء القرابة ، سوى سهم الرسول عليه السلام : فإنه سقط بوفاته ـ والمسألة معروفة .

ثم الخمس إنما يجب فيما يؤخذ من أموال أهل الحرب ، إذا أُخذ إما بإذن الإمام ، أو بقوة قوم لهم منعة وشوكة ، فإن الغنيمة اسم لمال يؤخذ على طريق القهر والغلبة : أما في المنعة فظاهر . وكذا إذا أذن الإمام لسرية أو لواحد ، حتى يدخل للإغارة ، بخمس ما أصابه ، لأنه أخذ بقوة الإمام ومعونته والإمداد عند الحاجة .

فأما إذا دخل قوم ، لا منعة لهم ، بغير إذن الإمام ، وأخذوا شيئاً : لا يجب فيه الخمس ، عندنا ـ خلافاً للشافعي ، وهم بمنزلة اللصوص والتجار : ظفروا بمال أهل الحرب ، خفية ، وأخرجوه ـ يكون ملكاً لهم خاصة ، ولا خمس فيه ، لأنه ليس بغنيمة .

هذا الذي ذكرنا حكم أموال الكفار التي أخذت منهم .

وأما حكم أموالنا التي أخذوا من المسلمين ، بالقهر والغلبة في دار الإسلام ـ فقبل أن يحرزوا بدار الحرب : لا يثبت الملك لهم . وإن أحرزوا : يثبت الملك لهم ـ عندنا ، خلافاً له .

وكذا الجواب في **عبيدنا** : إذا أخذوا في دار الإسلام .

فأما إذا أبق العبد منا ودخل دار الحرب ، ثم أُخذوه ، وأسروه : لا يصير ملكاً لهم عند أبي حنيفة ـ وعندهما : يملكونه .

وأجمعوا أنهم إذا أخذوا مدبرينا ، ومكاتبينا ، وأمهات أولادنا ـ أُنهم لا يملكون ، حتى لو وجد الملك القديم ، يأخذه من غير شيء : قبل القسمة ، وبعد القسمة ، وفي يد التاجر .

فأما كل مال ملكوه : فإن وجد قبل القسمة يؤخذ بغير شيء . وإن كان بعد القسمة ، يؤخذ بالقيمة . وإن وجد في يد تاجر أخرجه إلى دار الإسلام ، فإنه يأخذ بالثمن إن شاء ، لأن للمالك القديم حق التملك بالبدل كالشفيع ـ وهذا في غير المكيل والموزون ـ فأما في المثليات ، فلا يأخذ ، لأنه لا فائدة في أن يأخذ شيئاً ويعطي مثله .

ولو أن حربياً ، دخل دار الإسلام ، بغير أمان : يصير فيئاً لجماعة المسلمين ـ حتى لو أسلم قبل أن يأخذه واحد من المسلمين : فإنه لا يعتق ـ وهذا عند أبي حنيفة . فأما عندهما : فيصير ملكاً للآخذ ـ حتى لو أسلم قبل الأخذ : يكون حراً .

وأجمعوا أنه إذا عاد ، إلى دار الحرب ، قبل الأخذ ، ثم أسلم ـ يكون حراً ، لأن حق أهل دار الإسلام لم يتأكد عند أبي حنيفة ، وعندهما : لم يثبت .

فإن دخل بأمان ، ثم أُخذ ـ يصح الأمان ، ولا يصير ملكاً للآخذ ، لكن يقول له الإمام : « إن رجعت قبل سنة : فلا شيء عليك ، وإن

مضت سنة : وضعت عليك الجزية وصرت ذمياً » ـ فإن ذهب قبل مضي السن ، وإلا صار راضياً بالذمة ، ويصير ذمياً .

باب
أخذ الجزية ، وحكم المرتدين

أما حكم الجزية - فنقول :

إن أخذ الجزية ، وعقد الذمة - مشروع في حق جميع الكفار ، إلا في حق مشركي العرب ، والمرتدين - فإنه لا يقبل منهم الجزية ، كما لم يشرع فيهم الاسترقاق .

فأما في حق أهل الكتاب ، فلقوله تعالىٰ : ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾[1].

وأما في حق العجم - فبحديث عمر رضي الله عنه : أنه فتح سواد العراق ، وضرب الجزية على جماعتهم، ووضع الخراج على أراضيهم .

ثم الجزية إنما تشرع في حق المقاتلين ، من الرجال ، العقلاء ، الأحرار ، الأصحاء - دون النساء ، والصبيان ، والمجانين ، والأرقاء ، لأنها تجب على من يجب عليه القتل .

ثم الجزية على التفاوت - في حق الموسر المكثر : في كل سنة ، ثمانية وأربعون درهماً . وفي حق المتوسط : أربعة وعشرون . وفي حق الفقير المعتمل ، أعني القادر على العمل والكسب : اثنا عشر درهماً - حتى لا يجب على الزمن ، والأعمى ، والشيخ الفاني ، إذا لم يكونوا أغنياء ، وإذا

(١) التوبة : ٢٩ .

كانوا أغنياء ، فكذلك ، في ظاهر الرواية ، لأن هؤلاء ليسوا من أهل القتل . وعن أبي يوسف ، في رواية ، أنه يجب على الأغنياء منهم .

وعلى هذا ـ في التغلبي الفقير الذي لا يقدر على العمل : لا شيء عليه ، لأن الصدقة المضاعفة جزية حقيقة .

وكذلك إن مرض الذمي أكثر السنة : لا تجب الجزية ، لأن الصحة شرط .

وكذلك أهل الصوامع ، والرهابين ، والسياحون : يؤخذ منهم الخراج ، إذا كانوا ممن يقدرون على العمل . وعن محمد أنه لا خراج عليهم ، لأنهم لا يقتلون إذا لم يكن منهم شر ظاهر ، فلا تؤخذ منهم الجزية .

ثم الجزية تجب زجراً لهم عن الكفر في المستقبل عند أبي حنيفة ـ حتى تؤخذ منهم الجزية في السنة التي يعقد فيها الذمة . وإذا مضت السنة لا يؤخذ ، لما مضى . وعندهما : تؤخذ ، ما دام ذمياً ، لما مضى .

ولقب المسألة أن الموانيد[1] هل تؤخذ أم لا ؟ فعنده : لا تؤخذ ، خلافاً لصاحبيه .

وأما إذا أسلم الذمي ، أو مات : تسقط الجزية عندنا ، خلافاً للشافعي ـ والمسألة معروفة .

وأما حكم أهل الردة ـ فنقول :

لهم أحكام :

من ذلك ـ أن الرجل المرتد يقتل ، لا محالة ، إذا لم يسلم ، ولا يسترق ـ لكن المستحب أن يعرض عليه الإسلام أولاً ، فإن أسلم ، وإلا

---

(١) موانيد الجزية : بقاياها ـ جمع مانيد ـ وهو معرب » .

فيقتل من ساعته ، إذا لم يطلب التأجيل .

فأما إذا طلب التأجيل ، إلى ثلاثة أيام ، لينظر في أمره ـ فإنه يؤجل ، ولا يزاد عليه .

ولكن مشايخنا قالوا : الأولى أن يؤجل ثلاثة أيام ، ويحبس ، ويعرض عليه الإسلام ، فإذا وقع اليأس ، فحينئذ يقتل .

فأما المرأة : فلا تقتل عندنا . خلافاً للشافعي ، ولكنها تحبس ، وتجبر على الإسلام ، وتضرب في كل ثلاثة أيام ، إلى أن تسلم .

وكذا الجواب في الأمة ، إلا أن الأمة تحبس في بيت المولى ، لأن ملكه قائم ، بخلاف المرتدة المنكوحة : فإن النكاح قد بطل بالردة .

ولو لحقت بدار الحرب ، ثم ظهر المسلمون عليهم ، لهم أن يسترقوا المرتدة ، دون المرتد .

فأما الصبي العاقل ـ إذا ارتد : فردته صحيحة عند أبي حنيفة ومحمد ، كإسلامه . وعند أبي يوسف : إسلامه صحيح ، دون ارتداده . وعند الشافعي : لا يصح كلاهما ـ والمسألة معروفة . لكن لا يقتل ويعرض عليه الإسلام ، ولكن لا يحبس ، ولا يضرب ، وإذا بلغ الآن يعرض عليه الإسلام ، جبراً ، ويحبس ، ويضرب ، لكن لا يقتل ؛ لأنه لا يجب القتل بهذه الردة .

وعلى هذا ـ الصبي إذا حكم بإسلامه تبعاً لأبويه ، ثم بلغ كافراً ، ولم يسمع منه الإقرار بعد البلوغ : فإنه يجبر على الإسلام ، ولكن لا يقتل أيضاً . فأما إذا سمع منه الإقرار بعد البلوغ : يقتل إذا ارتد .

والسكران ـ إذا ارتد في حال ذهاب عقله : فالقياس أن تصح ردته في حق الأحكام ، وفي الاستحسان : لا تصح . وإن ذهب عقله بسبب

البِرسام والإغماء ، فارتد في تلك الحالة : لا تصح ردته ، قياساً ، واستحساناً ـ لأن الكفر لا يصح بدون القصد .

ومنها ـ حكم مال المرتد وتصرفاته :

قال أبو حنيفة : إنه موقوف : فإن مات ، أو قتل على ردته ، أو لحق بدار الحرب ـ بطل جميع ذلك ، إلا أن يدعي ولد جارية له فيثبت نسبه ، وتصير الجارية أم ولد له . وإن أسلم ، صح ذلك كله ، لأن ماله موقوف ، عنده ، بين أن يصير لورثته من وقت الردة ، وبين أن يبقى له إذا أسلم ، فالتصرفات المبنية عليه كذلك .

وعند أبي يوسف : تصرفاته صحيحة ، مثل تصرف الصحيح .

وعند محمد : تصرفاته مثل تصرف المريض : لا تصح تبرعاته إلا من الثلث ، لأن عندهما ملكه باق بعد الردة ، وإنما يزول بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب .

وأما حكم مال المرتدة وتصرفاتها : فمثل قولهما في المرتد عند أبي حنيفة ، لأنها لا تقتل .

ومنها ـ حكم ميراث المرتد :

إذا مات ، أو قتل ، أو لحق بدار الحرب ـ وترك ماله في دار الإسلام : قال أبو حنيفة : فما اكتسبه في حال الإسلام . فهو ميراث لورثته المسلمين ، وما اكتسبه في حال الردة ، فهو فيء . وعندهما : الكل ميراث .

ثم عندهما : يعتبر حال الوارث ، وقت الموت ، والقتل ، دون الردة : فإن كان مسلماً حراً يرث ، وإلا فلا .

وعن أبي حنيفة روايتان : في رواية : يعتبر حال الردة لا غير . وفي رواية : يعتبر حال الردة والدوام إلى وقت الموت والقتل .

وكذلك إذا لحق بدار الحرب : فإنه يورث ماله ، لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت .

لكن هل يشترط قضاء القاضي بلحاقه ؟ ففيه روايتان .

ولكن القاضي يحكم بعتق أمهات أولاده ، ومدبريه .

وأما المكاتب ـ فإذا أدى بدل الكتابة إلى ورثته : عتق ، ويكون الولاء للمرتد ، ويقوم الورثة مقامه في حق قبض بدل الكتابة ، كما إذا مات المولى وترك مكاتباً .

ولو أن المرتد ، بعدما لحق بدار الحرب عاد إلى دار الإسلام مسلماً : فإن كان قبل قضاء القاضي بلحاقه : فما له على حاله ، ولم يعتق مدبروه ومكاتبوه وأمهات أولاده . وإن كان بعد القضاء : فما وجد من ماله ، في يد وارثه ، بحاله ـ فهو أحق به ، كأنه وهب منه ، وله أن يرجع . وما زال عن ملكه ، بالتمليك أو بالأكل ، فلا رجوع فيه .

ولا سبيل له على أمهات الأولاد ، والمدبرين ، ولا يفسخ عتقهم ، لأنه لا يحتمل الفسخ . وإن وجد بدل الكتابة في يد الورثة يأخذه ، وإلا فلا شيء على الورثة .

باب
أحكام البغاة

قال :

إذا خرج طائفة على الإمام على التأويل ، وخالفوا الجماعة :

فإن لم يكن لهم منعة : فللإمام أن يأخذهم ويحبسهم ، حتى يحدثوا توبة .

وإن كانت لهم منعة : فإنه يجب على الذين لهم قوة وشوكة ، أن يعينوا إمام أهل العدل ، ويقاتلوهم حتى يهزموهم ، ويقتلوهم . وبعد الانهزام يقتلون مدبريهم ، وأسرائهم ، ويجهزون على جريحهم .

وأصله قوله تعالىٰ : ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ﴾(1) .

وإن عفا الإمام عن أسرائهم : فلا بأس به أيضاً .

وإن لم يكن لهم منعة ينحازون إليها : فليس للإمام أن يقتل أسراهم ولا مدبريهم ، ولكن يحبسهم حتى يحدثوا توبة . ثم يخلى سبيلهم . ثم بعد التوبة : ما أخذ الإمام من أموالهم وسلاحهم ، وهو قائم - يرد اليهم . وما استهلكوه ، فلا ضمان عليهم .

وكذا في جانب أهل البغي : إذا أتلفوا أموال أهل العدل .

---

(1) الحجرات : الآية ٩ .

وأصله حديث الزهري : أنه قال : وقعت الفتنة ، فاجتمع أصحاب رسول الله ﷺ ، وهم متوافرون ، على أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر ، وكل مال أتلف بتأويل القرآن فلا ضمان فيه ، وكل فرج استبيح بتأويل القرآن فلا حد فيه ، وما كان قائماً يُرد .

وهذا إذا أتلفوا في حال التجبر والمنعة .

فأما إذا أتلفوا مالهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة ، أو بعد الانهزام - فإنهم يضمنون ، لأنهم من أهل دار الإسلام .

وهذا جواب الحكم ، وإنما نعني به أن يضمن كل واحد من الفريقين للآخر ما أتلف من الأنفس والأموال ، لكونها معصومة في هذه الحالة ، إلا بطريق الدفع .

ثم كل من لا يباح قتله من أهل الحرب ، لا يباح قتله من أهل البغي ، إلا إذا وجد القتال من العبيد والنسوان والشيوخ - فيحنئذ يقتلون في حالة القتال . وبعد الانهزام لا يباح .

ويكره أن يبعث برؤوس البغاة أو الحربي إلى الآفاق - إلا إذا كان في ذلك وهن لهم : فلا بأس به .

ثم قتلى أهل العدل شهداء : يفعل بهم مثل ما يفعل بالشهداء : يكفنون في ثيابهم ولا يغسلون ، ويصلى عليهم .

فأما قتلى أهل البغي : فلا يصلى عليهم ، سواء كان لهم منعة أو لم يكن - وهو الصحيح . ولكن يغسلون ، ويكفنون ، ويدفنون ، لأن هذا من شيمة الموتى .

وأما قضاء قاضي أهل البغي بشهادة أهل البغي - فلا يصح ، لاحتمال أنه قضى بما هو باطل عندنا ، لأنهم يستحلون أموالنا ودماءنا ، ولا يقبل قاضي أهل العدل كتاب قاضيهم ، لما ذكرنا من الاحتمال .

وإذا تابوا ، ورجعوا ، ينظر الإمام في قضاياه : فإن قضى بما هو الحق بشهادة أهل العدل : ينفذ ، وإلا فيرد الكل .

وأما إذا نصبوا قـاضياً من أهـل العدل ، فـإن قضاءه نـافذ ، لأن لهم شوكة وقوة ، وأمكن للقاضي تنفيذ قضاياه بقواهم ـ والله أعلم .

كتاب
الشرب

في هذا الكتاب فصلان :
أحدهما ـ في أحكام الشِّرب .
والثاني ـ في أحكام الأراضي .

أما الأول ـ فنقول :

إن المياه أنواع أربعة :

ماء مملوك :

وهو ما أحرز في الأواني . وحكمه حكم سائر الأملاك : ليس لأحد فيه حق ، ولا يحل لأحد أن يأخذه ، ولا أن يشربه إلا عند الضرورة القاتلة ، بأن أصابه العطش على وجه يهلك : فيباح له الأخذ والشرب ، ولو منع صاحبه : له أن يقاتله بالسلاح حتى يتمكن من تناوله ، بقدر ما يدفع به عطشه ، إذا كان معه فضل ماء عن حاجته الماسة . وفي الطعام : يباح له أن يأخذ جبراً وقهراً ، ولكن لا يقاتل بالسلاح ، كما قال بعض المشايخ .

وقال بعضهم : هذا في البئر الخاص والنهر الخاص : فإن حق الشفة ثابت لكل الناس ، فمن منع حقه : له أن يقاتل معه . فأما في الماء المملوك : فعند الضرورة القاتلة : يباح له الأخذ قهراً ، لكن لا يقاتل ، كما في الطعام .

والثاني :

الماء الذي يكون في البئر والحوض والعين المملوكة له ـ فهو حق خاص له ، كالمملوك ، لكن لعامة الناس حق الشفة من هذا الماء ، حتى يشرب بنفسه ، ويأخذ الماء لنفسه ولمواشيه ، وليس لصاحب الماء حق المنع ، وهو معنى قوله عليه السلام : « الناس شركاء في الثلاث : في الماء ، والكلأ ، والنار » .

ولكن لو أراد أحد أن يسقي زرعه من ذلك الماء ، لا يجوز له ذلك ، ويمنعه السلطان عنه . لأن هذا يبطل حقه ، لأنه لو أطلق هذا ، لشاركه فيه كل من يمكنه سقي أرضه منه ، فيبطل حقه أصلاً .

والثالث :

أن يكون نهراً مشتركاً بين جماعة محصورة ، حتى يثبت الشفعة بسبب الشركة فيه ـ كان لهؤلاء الشركاء حق السقي بقدر شركتهم في النهر ، وليس لغيرهم حق السقي للمزارع والأشجار ، إنما لهم حق الشفة .

ولو أراد واحد من الشركاء أن يكري نهراً صغيراً ، ويأخذ الماء من النهر المشترك ، فيسوق إلى أرض أحياها ، ليس لها منه شرب ـ ليس له ذلك ، إلا برضا الشركاء .

وكذلك إذا أراد أن ينصب عليه رحى : ليس له ذلك ، إلا برضا الشركاء ، لأن بقعة الرحى حق وملك لجماعتهم ، فاذا بنى اختص بتلك البقعة ، وانقطع حق الشركاء عنها ، فيمنع . أما إذا كان موضع الرحى ملكه ، وليس فيه ضرر بالشركاء ، بأن كان الماء يدير الرحى ويجري الماء على سننه في النهر ـ فليس لهم حق المنع ، لأن الماء مشترك بينهم ، ولكل واحد منهم أن ينتفع بحقه على وجه لا يتضرر به شركاؤه .

فأما إذا كرى نهراً من هذا النهر ، وعرَّج الماء ، حتى يصل إلى الرحى

المملوكة له في أرضه ، فيدير رحاه ، ثم يجري النهر من أسفله ـ ليس له ذلك ، لأن فيه ضرراً بالشركاء بقطع الماء عن سننه ، فيتأخر وصول حقهم إليهم ، وينتقص في الجملة أيضاً .

وكذا الجواب في نصب الدالية [١] والسانية [٢] .

والرابع :

الأنهار العظام ، كالفرات والدجلة والجيحون وغيرها : فلا حق لأحد فيها ، على الخصوص ، بل هو حق العامة : فكل من يقدر على سقي أراضيه ، منها : فله ذلك .

وكذا نصب الرحى والدالية ونحو ذلك .

وهذا إذا لم يكن فيه ضرر بالنهر العظيم ـ أما إذا كان فيه ضرر فيمنع عن ذلك .

ثم كري الأنهار العظام ، على السلطان ، من مال بيت المال ، لأن منفعتها ترجع الى عامة الناس ، فيكون مئونة ذلك في مال العامة ، وهو مال بيت المال .

وأما كري النهر المشترك بين أقوام معلومين : فعليهم ـ واختلفوا في كيفية ذلك :

قال أبو حنيفة : عليهم جميعاً أن يكروا من أعلاه ، فاذا جاوز أرض رجل واحد ، دفع عنه حصته ، ويكون الكرى على من بقي .

وقال أبو يوسف ومحمد : الكري عليهم جميعاً ، من أوله إلى آخره ، بحصص الشرب والأرض .

---

(١) الدالية لو ونحوها وخشب يصنع كهيئة الصليب ويشد برأس الدلو ثم يؤخذ حبل يربط طرفه بذلك وطرفه بجذع قائم على رأس البئر ويسقى بها .

(٢) السانية البعير يسنى عليه أي يستقى من البئر .

وبيان ذلك أن النهر إذا كان بين عشرة ، ولكل واحد منهم ، عليه ، أراض على السواء ، فإن الكري ، من فوهة النهر إلى أن يجاوز شرب أولهم ، بينهم ، على عشرة أسهم : على كل واحد منهم العشر ، فإذا تجاوز شرب الأول خرج هو من الكري ، ويكون الكري على الباقين ، على تسعة أسهم ، فإذا تجاوز شرب الثاني سقطت عنه النفقة ، ويكون الكري على الباقين على ثمانية أسهم : على هذا الترتيب . وقالا : إن المئونة بينهم على عشرة أسهم ، من أول النهر إلى آخره .

فهما يقولان : إن لصاحب الأعلى منفعة في حفر الأسفل ، فإنه مسيل مائه ، كما أن لصاحب الأسفل منفعة في الأعلى ، ثم حفر الأعلى مشترك ، فكذلك الأسفل .

وأبو حنيفة يقول : إن فوهة النهر مشتركة ، لا يتوصل أحدهم الى الانتفاع بشربه إلا بحفرها . وكذا حفر ما بعدها ، فإذا تجاوز شرب أحدهم ، فلا حق له فيحفر ما بعد أرضه ، لأن ذلك ملك الباقي لا ملكه ، إنما له حق تسييل الماء فيه ، فتكون المؤونة على المالك ، لا على صاحب الحق ، كما في مسيل الماء على سطح مملوك لغيره .

وإذا كان نهر لرجل بين أراض ، فاختلفوا في المسناة : قال صاحب الأرض « هي ملكي »، وقال صاحب النهر « هي ملكي » ، ولا يعرف أن المسناة في يد من هي ، وفي تصرف من هي ـ قال أبو حنيفة : هي ملك صاحب الأرض ، حتى إن له أن يغرس فيها ويزرع ، ويمنع صاحب النهر عن إلقاء الطين فيها ، وعن المرور فيها ـ إلا أنه ليس له أن يحفر المسناة ، فيسيل ماء النهر في غير موضعه ، فيكون حق صاحب النهر في إمساك الماء لا غير . وعلى قولهما : إنما هي ملك صاحب النهر .

ومن مشايخنا من قال : إن هذا الخلاف مبني على أن النهر هل له حريم أم لا ؟ : فإن كرى رجل نهراً في أرض موات بإذن السلطان : فعند

أبي حنيفة : ليس له حريم . وعندهما : له حريم ـ فكان الظاهر شاهداً لصاحب النهر عندهما ، وليس بشاهد له عند أبي حنيفة .

لكن أهل التحقيق من مشايخنا قالوا : لا خلاف أن للنهر حريماً في أرض موات ، فإن النبيّ عليه السلام جعل للبئر حريماً ، فيكون جعله ذاك ، جعلاً للنهر حريماً ، بطريق الأولى ، لشدة حاجة النهر إلى الحريم .

ولكن الخلاف ههنا فيما إذا لم يعرف أن المسناة في يد صاحب النهر ، بأن كانت متصلة بالأراضي ، مساوية لها ولم تكن أعلى منها : فالظاهر شاهد أنها من جملة أراضيه ، إذ لو لم تكن هكذا ، لكانت أعلى ، لإلقاء الطين فيها ـ ونحو ذلك . وعندهما : الظاهر شاهد لصاحب النهر ، لكونه حريماً له ـ فوقع الكلام بينهم في الترجيح .

ثم الشِّرب ، الخاص أو المشترك ، لا يجوز بيعه وهبته ونحو ذلك ، إلا الوصية . ويجري فيه الإرث ، لأنه ليس بعين مال ، بل هو حق مالي .

فأما إذا باع تبعاً لأرضه ، جاز ، ويصير الشرب لصاحب الأرض ، وإنما يدخل الشرب إذا ذكره صريحاً في البيع أو يذكر : « إني بعت الأرض بحقوقها أو بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو لها ، داخل فيها وخارج منها ، من حقوقها » ـ فحينئذ يدخل . فأما في الإجارة فيدخل الشرب من غير ذكر ، لأن الانتفاع بالأرض المستأجرة لا يكون إلا بالماء ، بخلاف البيع .

وأما أحكام الأراضي

فهي أنواع :

أرض مملوكة عامرة ـ لا يجوز لأحد التصرف فيها ، والانتفاع بها ، إلا برضا صاحبها .

والثانية ـ أرض خراب انقطع ماؤها وهي ملك صاحبها ـ لا تزول

عنه إلا بإزالته ، وتورث عنه إذا مات . وهذا إذا عرف صاحبها . وإن لم يعرف فحكمها حكم اللقطة .

والثالثة ـ الأرض المباحة ، وتسمى **الموات** ـ وهي نوعان :

أحدهما : ما يكون تبعاً لبعض القرى : مرعى لمواشيهم ، ومحتطباً لهم ـ فهي حقهم ، لا يجوز للإمام أن يقطعها من أحد ، لأن في ذلك ضرراً بهؤلاء . ولكن ينتفع بالحطب والقصب ، التي فيها ، هؤلاء وغيرهم ، وليس لهم أن يمنعوها عن غيرهم ، لأنها ليست بملك لهم . والحد الفاصل أن يسمع صوت الرجل من أدنى الأرض المملوكة إليه ، فما لم يسمع صوته فيه فهي ليست بتابعة لقريتهم .

والنوع الثاني : ما لا يكون تبعاً لقرية من القرى ـ فهي على الإباحة : من أحياها بإذن الإمام : فعند أبي حنيفة تكون ملكاً له ، وعندهما : بغير إذن الإمام تصير ملكاً له ، ويصير هو أحق بها من غيره ملكاً .

والإحياء أن يبني ثمة بناء . أو يحفر نهراً ، أو يجعل للأراضي مسناة ونحو ذلك . أما إذا وضع أحجاراً حولها وجعل ذلك حداً ، فإنه لا تصير ملكاً له ، ولكن يكون هو أحق بالانتفاع بها ، بسبق يده ، على ما روي : « مِنى مَناخ من سبق » .

ثم في الأراضي المملوكة : لا شركة لأحد في الحطب والقصب منها ، وإنما لهم حق في الكلأ ، وليس لأربابها منع الغير عن ذلك ، للحديث الذي روينا . ولو منع عن الدخول ، يقال له : « أخرج الكلأ إلى الطالب ، وإلا فاتركه حتى يدخل فيحصد بنفسه » .

وهكذا المروج المملوكة ، والأجمة المملوكةفي حق الكلأ والسمك ، لا في الحطب والقصب .

ثم إذا حفر نهراً ـ هل له حريم ؟ عند بعض المشايخ على الخلاف الذي ذكرنا في المسناة . وعند بعضهم : له حريم ، بقدر ما يحتاج إليه ، بالاتفاق ، لإلقاء الطين ونحوه .

واختلف أبو يوسف ومحمد في مقداره : قال أبو يوسف : قدر عرض نصف النهر من هذا الجانب ، وقدر النصف من الجانب الآخر . وقال محمد : قدر عرض جميع النهر من كل جانب .

وكذا الاختلاف في الحوض .

فأما حريم بئر العَطَن[1] فأربعون ذراعاً، بالإجماع .

وحريم العين خمسمائة ذراع ، من كل جانب ، بالإجماع .

واختلفوا في بئر الناضح[2]: قال أبو حنيفة : أربعون من كل جانب . وقالا : ستون ذراعاً .

---

(١) العَطَن للإبل المُناخ والمَبْرَك ولا يكون إلا حول الماء .

(٢) نضح البعير الماء حمله من نهر أو بئر لسقي الزرع فهو ناضح لأنه ينضح العطش أي يبله بالماء الذي يحمله ـ هذا أصله ثم استعمل الناضح في كل بعير وان لم يحمل الماء .

كتاب
الأشربة

قال :

يحتاج إلى : تفسير أسماء الأشربة المحرمة في الجملة ،
وإلى بيان أحكامها .

أما الأسماء

فثمانية : الخمر ، والسَّكَر ، ونقيع الزبيب ، ونبيذ التمر ، والفضيخ ، والباذق ، والطلاء ويسمى المثلث ، والجمهوري ويسمى أبو يوسفي .

أما الخمر ـ فهو اسم للنيء من ماء العنب بعدما غلي واشتد وقذف بالزبد وسكن عن الغليان وصار صافياً ـ وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا غلي واشتد ، فهو خمر ، وإن لم يسكن عن الغليان .

وأما السكر ـ فهو النيء من ماء الرطب بعدما غلي : واشتد ، وقذف بالزبد وسكن غليانه عنده ، وعندهما : إذا غلي ولم يسكن غليانه .

وأما نقيع الزبيب ـ فهو الزبيب إذا نقع في الماء حتى خرجت حلاوته إلى الماء من غير طبخ .

وأما نبيذ التمر ـ فيقع على الماء الذي نقع فيه التمر ، فخرجت حلاوته ، ثم اشتد وغلي وقذف بالزبد ـ وهذا الاسم يقع على المطبوخ والنيء منه .

وأما الفضيخ ـ فهو البسر إذا خرج منه الماء ، وغلي ، واشتد ، وقذف بالزبد ـ وذلك بأن يكسر ويدق : يسمى فضيخاً لأنه يفضخ أي يكسر ويرض .

وأما الباذق ـ فهو اسم لما طبخ أدنى طبخ من ماء العنب حتى ذهب أقل من الثلثين ، سواء كان أقل من الثلث أو النصف ، أو طبخ أدنى طبخه بعدما صار مسكراً وسكن عن الغليان .

وأما الطلاء ـ فهو اسم للمثلث ، وهو المطبوخ من ماء العنب ، بعدما ذهب ثلثاه ، وبقي الثلث ، وصار مسكراً .

وأما الجمهوري ـ فهو الطلاء الذي يلقى فيه الماء حتى يرق ويعود إلى المقدار الذي كان في الأصل ، ثم طبخ أدنى طبخه وصار مسكراً ، هذا بيان الأسماء .

أما بيان الأحكام ـ فنقول :

أما الخمر فلها أحكام ستة :

الأول ـ تحريم شرب قليلها وكثيرها .

ويحرم الانتفاع بها للتداوي وغيره . لكن عند أبي حنيفة : ما لم تسكن من الغليان يباح شربها ، وعندهما : إذا صار مسكراً يحرم شربه وإن لم يسكن من الغليان ـ قال عليه السلام : « حرمت الخمر لعينها : قليلها وكثيرها ، والسكر من كل شراب » .

والثاني ـ تكفير جاحد حرمتها ـ لأن حرمتها ثبتت بنص الكتاب .

والثالث ـ يحرم تمليكها ، وتملكها ، بسبب الملك ، من البيع والهبة وغيرهما مما للعباد فيه صنع .

والرابع ـ هي نجسة نجاسة غليظة ، حتى إذا أصاب الثوب أكثر

من قدر الدرهم ، يمنع جواز الصلاة ـ لقوله تعالى : ﴿ رجس من عمل الشيطان ﴾ .

والخامس ـ يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها ؛ بإجماع الصحابة عليه .

والسادس ـ يجب فيه الحد ، مقدراً بثمانين سوطاً في حق الأحرار ، وفي حق العبيد نصف ذلك .

وأما حكم السكر ونقيع الزبيب ، والتمر من غير طبخ ، والفضيخ والباذق ـ فواحد ، وهو أنه يحرم شرب قليلها وكثيرها ، لكن هذه الحرمة دون حرمة الخمر ، حتى إن من جحد حرمة هذه الأشربة لا يكفر ، بخلاف الخمر .

وكذا لا يجب الحد بشرب قليلها ، وإنما يجب الحد بالسكر .

وقال بعض الناس بإباحة هذه الأشربة ، مثل بشر المريسي[1]، وغيره ـ لورود الأخبار في إباحة شربها .

واختلفت الروايات في النجاسة : ففي رواية عن أبي حنيفة أنه نجس العين كالخمر ، ويمنع من جواز الصلاة ما كان مقدراً بأكثر من قدر الدرهم ، وفي رواية : طاهر . وعن أبي يوسف أنه اعتبر فيه الكثير الفاحش .

أوما بيع هذه الأشربة وتمليكها : فجائز عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف ومحمد : لا يجوز ذلك ـ فهما يقولان إن المال ما يباح الانتفاع به ،

---

(١) وهو بشر بن غياث المَريسي نسبة الى قرية « مريس » بمصر وقد أدرك مجلس أبي حنيفة . وأخذ الفقه عن أبي يوسف وبرع فيه . وكان ذا ورع وزهد ، ولكنه اشتهر بعلم الكلام والفلسفة ، وقد حرر القول بخلق القرآن . وله تصانيف وروايات كثيرة عن أبي يوسف . وفي المذهب أقوال غريبة منها جواز أكل الحمار . وقد كفره البعض . وإليه تنسب الطائفة من المرجئة المسماة « المريسية » . وقيل ان والده كان يهودياً قصاراً صباغاً . وقد توفي سنة ٢٢٨ وقيل سنة ٢١٨ وقيل سنة ٢١٩ هـ .

حقيقة وشرعاً ، وهذه الأشربة لا يباح شربها ولا الانتفاع بها شرعاً ، فلا تكون مالاً ، كالخمر . وأبو حنيفة يقول : إن الأخبار تعارضت في هذه الأشربة ، في الحل والحرمة ، فقلنا بحرمة الشرب احتياطاً ، ولا تبطل المالية الثابتة في الحالة الأولى ، احتياطاً ، لأن الاحتياط لا يجري في إبطال حقوق الناس .

وأما حكم الطلاء وحكم مطبوخ التمر ، والزبيب ، أدنى طبخ ، على السواء - فالقليل منه حلال طاهر ، والمسكر حرام ، وهو القدح الذي يسكر . فإذا سكر يجب عليه الحد . ويجوز بيعه ، وتمليكه ، ويضمن متلفه - وهذا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وعن محمد روايتان : في رواية أنه حرام شربه ، لكن لا يجب الحد ما لم يسكر - وهو قول الشافعي .

وفي رواية - قال : لا أحرمه ، ولكن لا أشرب منه ، والصحيح قولها ، باتفاق عامة الصحابة على إباحة شربه ، حتى إن عند أبي حنيفة هذا من علامة مذهب السنة والجماعة ، حتى سئل عنها ، فقال : السنة أن تفضل الشيخين وتحب الختنين - إلى أن قال : ولا تحرم نبيذ الجر[1].

ثم ما سوى هذه الأشربة مما يتخذ من الحنطة ، والشعير ، والذرة ، والسكر ، والفانيذ ، والعسل ، والتين - فهي مباحة ، وإن سكر منها ، ولا حد على من سكر منها - هذا هو الصحيح من الرواية ، لأن هذه من جملة الأطعمة ، ولا عبرة بالسكر ، فإن في بعض البلاد قد يسكر المرء من الخبز ونحوه ؛ والبنج يسكر ، ولبن الرمكة[2] يسكر .

---

(١) الجَرّ جمع جرة وهي الإناء المعروف مثل تمرة وتمر وبعضهم يجعل الجر لغة في الجرة .

(٢) الرمكة الفرس أو البرذونة تتخذ للنسل .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المسكر منه حرام ، كما في المثلث ، ولكن إذا سكر منه ، لا حد فيه ، بخلاف المثلث .

ثم حد السكر الذي يتعلق به وجوب الحد ، والحرمة ، عند أبي حنيفة ـ أن يزول عقله بحيث لا يفهم شيئاً .

وعندهما : إذا كان غالب كلامه الهذيان .

فما قاله أبو حنيفة غاية السكر ، فاعتبر الكمال في درء الحد ، ولو كان الخمر فيها حموضة غالبة ، وفيها طعم المرارة ، لكنه مغلوب ، فإنه لا يحل ما لم يزل من كل وجه .

وهما اعتبرا الغالب ، فيحل عندهما .

ويحرم على الأب أن يسقي الصبيان خمراً ، وعليه الإثم في الشرب .

وكذلك لو سقى الدواب حتى سكرت ، ثم ذبحها : لا يحرم أكل لحمها .

ولو نقعت فيها الحنطة ، ثم غسلت ، حتى زال طعمها ورائحتها : يحل أكلها .

ولو ألقى في الخمر علاجاً من الملح ، والسمك ، والبيض ، والخل ، حتى صارت حامضاً : يحل شربها عندنا ، وصارت خلاً . وعند الشافعي : لا يحل . ولقب المسألة أن تحليل الخمر بالعلاج : هل يباح أم لا ؟

ولو نقل الخمر من الظل إلى الشمس ، ومن الشمس إلى الظل ، حتى تصير حامضاً ـ تحل عندنا ، وللشافعي فيه قولان ـ والمسألة معروفة . والله أعلم .

كتـاب
الحظر والإباحـة

سمى محمـد بن الحسن رحمه الله ومشـايخنـا هـذا الكتـاب : « كتـاب الاستحسان » ، لما فيه من المسائل التي استحسنها العقل والشرع .

والشيخ أبو الحسن الكرخي سماه : « كتـاب الحظر والإبـاحة » ، لما فيه من بيان أحكام « الحظر والإباحة والكراهة والندب » على الخصوص .

وبدأ الكتاب بإباحة المس والنظر إلى الرجال والنساء ـ فنقول :

النسوان على أربعة أنواع :

نوع منها ـ الزوجات ، والمملوكات بملك اليمين .

ونوع منها ـ الأجنبيات ، وذوات الرحم التي لا يحرم نكاحهن .

ونوع آخر ـ ذوات الرحم المحرم ، والمحارم التي لا رحم لها كالمحرمـة بالرضاع والصهرية .

ونوع آخر ـ مملوكات الغير .

أما النوع الأول :

فيحل للزوج وللمالك النظر والمس من قرنها إلى قدمها ، عن شهوة ، ويحل الاستمتاع في الفرج ، وما دون الفرج ، إلا في حالـة الحيض : فإنـه لا يباح الوطء في هذه الحالة ما لم تطهر .

وهل يباح الجماع فيما دون الفـرج ؟ قال أبـو حنيفة وأبـو يوسف : لا

يباح الاستمتاع إلا فوق الإزار . وقال محمد : يجتنب شعار الدم ، ويحل له ما وراء ذلك من غير إزار .

واختلف المشايخ في تفسير قول أبي حنيفة وأبي يوسف : « ما فوق الإزار » ـ بعضهم قالوا : أراد ما فوق السرة من البطن ونحوه ، ولا يباح ما دون السرة إلى الركبة . وقال بعضهم : أراد به أنه يحل الاستمتاع مع الإزار لا مكشوفاً .

وكذا لا يحل الاستمتاع بالدبر عند عامة العلماء . وقال بعض أصحاب الظواهر : يباح .

والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ﴾[١] .من غير فصل ،إلا أن حالة الحيض صارت مستثناة لقوله تعالى :﴿ ويسألونك عن المحيض : قل هو أذى ﴾[٢] (الآية) . وصار الاستمتاع بالدبر مستثنى بإجماع الصحابة ، وبحديث عليّ رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال : « من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها ، أو أتى كاهناً فصدقه فيما يقول ـ فهو كافر بما أنزل على محمد ﷺ » .

وأما النظر إلى عين الفرج : فمباح أيضاً ، لأن الاستمتاع مباح ، فالنظر أولى ، لكن ليس من الأدب النظر إلى فرج نفسه أو إلى فرجها .

وأصل ذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « قبض رسول الله ﷺ وما نظرت إلى ما منه وما نظر إلى ما مني » .

وأما النوع الثاني ـ وهو المحارم من ذوات الرحم ، والمحارم التي لا رحم لها من الأجنبيات ـ فنقول :

---

(١) سورة المؤمنون : ٥ ـ ٦ .
(٢) البقرة : ٢٢٢ .

النظر حرام ، إلى هؤلاء : إلى ما بين السرة والركبة ، وإلى البطن والظهر ، ويباح النظر إلى ما سوى ذلك من الشعر ، والصدر ، والساعدين ، والساقين ، ونحوها ـ لقوله تعالىٰ : ﴿ ولا يبيدين زينتهن الا لبعولتهن ﴾[1] (الآية) .ولكن هذا إذا كان غالب رأيه أنه لا يشتهي. فأما إذا كان غالب حاله أنه يشتهي : فلا يباح له النظر .

وما عرفت من الجواب في حق النظر ، فهو الجواب في حق المس : أنه لا يباح له مس الأعضاء التي لا يباح له النظر إليها ، ويباح مس الأعضاء التي يباح له النظر إليها .

وهذا إذا كانت الأعضاء مكشوفة .

فأما إذا كانت مع الثياب ، واحتاج ذو الرحم المحرم إلى مس هذه الأعضاء الأربعة ، وراء الثوب ، للإركاب ، والإنزال ، والوضع في القبر واللحد ـ فلا بأس بذلك إذا كان لا يشتهي ، لأجل الحاجة .

وأما النوع الثالث ـ وهو مملوكات الغير : *

فحكمها وحكم ذوات الرحم المحرم في حرمة النظر والمس ، سواء .

وأما النوع الرابع ـ وهو الأجنبيات، وذوات الرحم بلا محرم :

فإنه يحرم النظر إليها أصلاً من رأسها الى قدمها ، سوى الوجه والكفين ، فإنه لا بأس بالنظر إليهما من غير شهوة ، فإن كان غالب رأيه أنه يشتهي ، يحرم أصلاً .

وأما المس فيحرم ، سواء عن شهوة ، أو عن غير شهوة ـ وهذا إذا كانت شابة .

فإن كانت عجوزاً ، فلا بأس بالمصافحة إن كان غالب رأيه أنه لا

(١) النور : ٣١

يشتهي . ولا تحل المصافحة إن كانت تشتهي ، وإن كان الرجل لا يشتهي .

فإن كان عند الضرورة : فلا بأس بالنظر ، وإن كان يشتهي ، كالقاضي والشاهد : ينظر إلى وجهها ، عند القضاء ، وتحمل الشهادة ، أو كان يريد تزوجها ، لأن الغرض ليس هو اقتضاء الشهوة ، على ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال للمغيرة بن شعبة : « لو نظرت إليها لأحرى أن يؤدم بينكما » .

وأما النظر إلى القدمين ـ هل يحرم ؟ ذكر في « كتاب الاستحسان » : هي عورة في حق النظر ، وليس بعورة في حق الصلاة . وكذا ذكر في «الزيادات»إشارة الى أنها ليست بعورة في حق الصلاة .

وذكر ابن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة أنها ليست بعورة ، في حق النظر ، كالوجه والكفين .

وأما الرجال في حق الرجال : فيباح لكل واحد النظر إلى الآخر ، سوى ما بين الركبة إلى السرة . والركبة عورة عندنا ، خلافاً للشافعي . والسرة ليست بعورة عندنا ، وعنده عورة .

وكذلك النساء في حق النساء : يباح النظر إلى جميع الأعضاء سوى ما بين الركبة الى السرة .

وما يباح النظر يباح المس من غير شهوة . ولا يباح المس والنظر إلى ما بين السرة والركبة ، إلا في حالة الضرورة ، بأن كانت المرأة ختانة تختن النساء ، أو كانت تنظر إلى الفرج لمعرفة البكارة ، أو كان في موضع العورة قرح أو جرح يحتاج إلى التداوي . وإن كان لا يعرف ذلك إلا الرجل ، يكشف ذلك الموضع الذي فيه جرح وقرح ، فينظر إليه ، ويغض البصر ما استطاع .

وكذا يباح للنساء النظر إلى الرجال ، إلا فيما بين السرة إلى الركبة ، لأن هذا ليس بعورة ، فإن الرجال قد يكونون في إزار واحد في الأسواق ، ولم ينكر عليهم أحد .

باب آخر

قال :

رجل رأى إنساناً قتل أباه ، عمداً ، بالسلاح ، أو أقر عنده ، ثم قال القاتل : « إنما قتلته ، لأنه قتل وليي عمداً ، أو أنه ارتد عن الإسلام » ، ولم يعرف الابن ذلك إلا بدعواه : فإنه يباح له أن يقتص منه ، لا يقبل قوله ، لأن القصاص ثبت عنده لوجود القتل العمد ظاهراً ، بالعيان أو بالإقرار ، فإن الإقرار حجة بنفسه ، وقول القائل يحتمل الصدق والكذب فلا يعتبر إلا بحجة .

ولو شهد ، عنده ، رجلان ، عدلان : « إن هذا الرجل قتل أباك ، عمداً ، بالسلاح » ـ فإنه لا يباح له أن يقتله ، لأن قول الشاهدين لا يصير حجة ، بدون قضاء القاضي ، بخلاف الإقرار والعيان .

ولو شهد عند الابن شاهدان على دعوى القاتل : أنه قتله بحق ، ينظر : إن كان بحال لو شهدا عند القاضي ، فالقاضي يقضي بشهادتهما : فإنه لا يتعجل بالقتل ، بل يتوقف إلى أن يشهدا عند القاضي . وإن كان بحال لا يقبل القاضي قولهما : يباح له أن يقتله للحال ـ بيانه :

ـ إذا كان الشاهدان محدودين في القذف ، أو فاسقين ، أو النساء وحدهن ـ فالقاضي لا يقضي بقولهم ، ويباح له أن يقتله للحال . وإن كانا رجلين عدلين : يتوقف .

ـ وكذلك في الشاهد الواحد : يتوقف .

ـ وروي عن محمد : في المحدودين أحب إلي أن يتوقف ، لأن القاضي ربما يقبل شهادتها ، على رأي الشافعي ، ويكون اجتهاده يفضي إليه ، ويراه حقاً وصواباً ، وقضاء القاضي ، في فصل مختلف فيه ، جائز .

ـ وكذلك في الفاسقين ، والنساء وحدهنّ : يجب أن يكون الجواب كذلك ، عنده ، لأن ذلك فصل مختلف فيه أيضاً .

ـ وكذلك الجواب فيما إذا رأى إنساناً أخذ مال أبيه ، أو أقر عنده ، ثم قال : « كان ذلك عنده وديعة لي فأخذته » أو : « كان لي عليه دين فاقتضيته » ـ فله أن يأخذه .

ـ ولو شهد رجلان عنده بذلك : ليس له أن يأخذ ، لما قلنا .

ـ ولو أن القاضي إنما قضى في فصل مجتهد فيه ، وهو من أهل الاجتهاد برأيه . والمقضي عليه فقيه مجتهد يرى بخلاف ما يقضي به القاضي ، فإنه يجب عليه أن يترك رأيه برأي القاضي ، سواء كان ذلك من باب الحل أو الحرمة أو الملك أو الطلاق أو العتاق ونحوه ، لأن قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه ينفذ بإجماع الأمة ، لأن رأيه ترجح بولاية القاضي ـ وهذا قول محمد . وكذا قال أبو يوسف فيما ليس من باب الحرمة ، فأما إذا كان من باب الحرمة : فيتبع رأي نفسه ، احتياطاً في باب الحرمة ـ بيانه :

ـ رجل قال لامرأته : « أنت طالق ألبتة » ، وهو رجل فقيه : في زعمه واجتهاده أنه طلاق ثلاث أو بائن ، فرفعت المرأة الأمر إلى القاضي ، ورأيه أنه طلاق واحد ، يملك الرجعة ، فقضى بالحل للمرأة عليه ، يحل للزوج وطؤها ، ويصير رأيه متروكاً برأي القاضي عند محمد ، وعند أبي يوسف بخلافه .

ـ ولـو كان رأي الـزوج أن هذا طـلاق رجعي ، ورأي القـاضي أنـه طلاق بائن أو ثلاث ، فقضى بالحرمة ، يحرم عليه وطؤها في القولين .

ـ ولو كان الرجل المطلق ليس بفقيه ، فأفتى له الفقهاء بأن هذا طلاق محـرم ، ورفعت الأمـر إلى القـاضي وقضى القـاضي بـالحـل : يحـل لـه وطؤها ، لأن فتوى الفقهاء للمطلق بمنزلة الاجتهاد منه ، فيجب عليه ترك الفتوى برأي القاضي عند محمد ، خلافاً لأبي يوسف .

ـ وإذا كانت المسألة على العكس ، فـالجواب كـذلك : أنـه يتبع رأي القاضي من القولين .

ـ ولـو أن فقيهاً مجتهـداً قال لامـرأته : « أنت طـالق ألبتة » ورأيـه أنه ثلاث ، وعزم على الحرمة وأمضى رأيه فيما بينه وبينهـا ، وأجنب عنها ، ثم تحول رأيه إلى أنه طلاق يملك الرجعة ـ يجب العمـل بالـرأي الأول في حق هذه المرأة ، حتى لا يحـل له وطؤهـا ، إلا بنكاح جـديد ، أو بعـد الزوج الثاني ،وبالرأي الثاني في المستقبل في حقها وفي حق غيرها ، لأن ما أمضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله .

ولو لم يعزم عـلى الحرمـة ، ولم يمض اجتهاده بينـه وبينها ، حتى تحـول رأيه إلى الحل وأنه طلاق رجعي ـ لـه أن يطأهـا ، ولا تقع الفـرقة لأنـه لم يوجد إمضاء الاجتهاد الأول ، فصار كالقاضي إذا كان رأيه التحريم فقبل أن يقضي تحول رأيه إلى الحل ، يعمل بـالرأي الثـاني ، ويقضي بالحـل في حق هذه المرأة ـ فكذا هذا .

باب آخر منه

لا خلاف بين الأمة في إباحة استعمال الحرير ، للنساء ، لبساً ، واستفراشاً ، وجلوساً عليه ، ونحو ذلك .

فأما في حق الرجال : فاللبس حرام بالإجماع ، بأن جعله قباء ، أو قميصاً ، أو قلنسوة ، وهو حرير خالص ، في غير حالة الحرب . فأما في حال الحرب فكذلك عند أبي حنيفة ، وعندهما : يباح اللبس في حال الحرب .

وهذا إذا كان كله حريراً . فأما اذا كان لحمته حريراً ، فلا يكره في الحرب ، بالإجماع ، ويكره في غيره .

وإذا كان السدى حريراً لا غير : لا يكره ، بالإجماع .

وأصله قوله عليه السلام على ما رواه عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه أن النبيّ عليه السلام أخذ حريراً بشماله وذهباً بيمينه ورفع بهما يديه وقال : « إن هذين حرام على ذكور أمتي ، حل لإناثها » ـ فأبو حنيفة أخذ بعموم الحديث ولم يفصل بين الحرب وغيره . وهما قالا بالإباحة في حق أهل الحرب ، لأن لباس الحرير أهيب للعدو وأثبت للسلاح ، فخصا أهل الحرب من عموم الحديث ، ولكن أبا حنيفة قال : هذا المعنى يحصل بما إذا كان لحمته حريراً ، فلا ضرورة في الحرير الخالص .

وأما لباس الصبيان والمجانين : فحرام على الأولياء ، ويأثمون

بذلك . أما لا حرمة في حقهم فلأنه لا خطاب عليهم .

وأما النوم على الحرير ، واستعماله في الجلوس عليه والاتكاء عليه ـ فجائز عند أبي حنيفة ، لأنه ليس فيه تعظيم ، بخلاف اللباس . وعندهما : لا يجوز للرجال أيضاً ، لأنه لباس الكفرة من الأعاجم .

ولكن القليل من الحرير عفو في حق اللبس ، وذلك مقدار ثلاث أصابع أو أربع ، فإن النبيّ عليه السلام لبس فروة أطرافها من حرير ، وكذلك العلم في الثياب معتاد من غير نكير من أحد ، فيكون إجماعاً .

وأما استعمال **الذهب والفضة** بطريق التحلي : فمباح في حق النساء ، وفي حق الرجال حرام ، سوى التختم بالفضة . لما روينا من الحديث ، وجاءت الرخصة في الخاتم .

وأما استعمال الأواني من الذهب والفضة ، في الشرب والأكل والادهان ، ونحو ذلك مما يستعمل في البدن ـ فحرام في حق الرجال والنساء جميعاً ، حتى المكحلة والمرآة والمجمر ، ونحوها ، وكذلك الركاب واللجام والثَّفَر والكرسي والسرير ونحوها . أما إذا كان مفضضاً أو مضبباً فلا بأس باستعماله عند أبي حنيفة ، وكذلك إذا كان على السّيْف .

وعندهما : يكره ذلك كله ، لأن الذهب والفضة صارا من أجزاء ذلك الشيء .

وأبو حنيفة يقول إنه تبع لما ليس بذهب وفضة ، والعبرة للأصل ـ وهذا في احدى الروايتين . وفي رواية : إذا كان فمه عند الشرب يقع على العود : لا يكره ، وإن كان يقع على الفضة : يكره

وكذا إذا كان الجلوس على الكرسي المفضض والمذهب ، على هاتين الروايتين : إن كان الجلوس على موضع العود : لا يكره ، وإن كان على الفضة : يكره . وفي رواية : لا يكره أصلاً .

وهما رخصا في المصحف في رواية . وفي رواية يكره في المصحف أيضاً .

وهذا اذا كان الذهب مما يخلص بالإذابة .

فأما إذا كان مموهاً بماء الذهب والفضة ، فلا بأس به ، لأنه لا يخلص عند الإذابة .

وكذا كتابة الذهب والفضة على الثياب : فعلى هذا الاختلاف .

وإذا جُدِع أنفه ، فجعل أنفاً من فضة ، لإزالة الشين ، لا يكره . ولو جعل من الذهب لا يكره أيضاً ، لأنه إذا كان من الفضة ينتن فرخص في ذلك ، وفي عين هذا ورد الأثر .

ولو تحرك سنه فشدها بذهب أو فضة : فلا بأس به ، عند أبي حنيفة . وفي الجامع الصغير : لا يشدها بالذهب . وعند محمد : لا بأس به . وكان أبو حنيفة لا يرى بأساً بشدها بالفضة ، لأنه لا حاجة إلى الذهب .

ولو خيف سقوط الفص من خاتم الفضة فشد بمسمار من ذهب : فلا بأس به ، بالاتفاق ، لأجل الضرورة .

ولو سقطت سن إنسان ، وأراد أن يعيدها ويشدها بالذهب والفضة ، يكره ، عند أبي حنيفة ، كما لو وضع سن ميت آخر : يكره . وقال أبو يوسف : لا بأس بإعادة سنه مكانها ، ولا يشبه سنه سن ميت آخر ، وبينهما فصل عندي ، وإن لم يحضرني ذلك .

ثم ذكر في الكتاب مسائل : ذكرها متفرقة في الكتب ، وقد جمعها ههنا ، وقد ذكرناها في مواضعها ، فلا نعيدها ـ ونذكر بعض ما لم نذكره .

منها ـ أنه يكره شرب لبن الأتان ، للتداوي ، بالاتفاق : أما عند أبي حنيفة فلا يشكل ، كما في بول ما يؤكل لحمه . وأبو يوسف فرق

وقال : الأصل هو الكراهة لقوله عليه السلام : « إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » ، ولكن في البول ورد حديث خاص ، فبقي الباقي على الأصل .

وقال : لا بأس بعيادة اليهودي والنصراني ، للحديث الوارد فيه ، ولأجل إلف أهل الذمة ، خصوصاً في حال المرض ، مما يدعوهم الى الدين الحق .

أما السلام فقالوا : يكره لما فيه من التعظيم ، وتعظيمهم مكروه .

وأما رد السلام : فلا بأس به ، لأن الامتناع من ذلك يؤذيهم ، والإحسان في حقهم مندوب ، لكن ينبغي أن لا يزيد على قوله : « وعليكم » ، لأنه قيل إنهم يقولون : « السام عليكم » فيجابون بقوله « وعليكم » بطريق المجازاة .

وهل يكره منع هؤلاء من الدخول في المساجد ـ قال مالك : يمنعون عن دخول المسجد الحرام ، وعن كل مسجد .

وقال الشافعي : يمنعون عن دخول المسجد الحرام لا غير .

وعندنا : لا يمنعون عن دخول شيء من المساجد ، وذلك لأن المشركين كانوا يدخلون المسجد الحرام عند رسول الله ﷺ ، لعرض الإسلام عليهم ، ونحو ذلك .

ويكره للمرأة أن تصل شعرها المقطوع بشعرها ، وكذا بشعر غيرها ، لقوله عليه السلام : « لعن الله الواصلة والمستوصلة » .

ولا بأس بأن تصل شعرها بشعر البهيمة ، لأن ذلك من باب الزينة ، وهي غير ممنوعة عنها للزوج .

ويكره اللعب بالنرد ، والشطرنج . والأربعة عشر ، وكل لهو ـ لقوله

عليه السلام : « ما أنا من دَدٍ ولا الـدَّد مني » . وبعض أصحاب الحـديث أباحوا اللعب بالشطرنج ، لما فيه من تشحيذ الخاطر . ولكن الصّحيـح هو الكراهة ، على ما روينا : « كل لعبٌ حرام إلا ثلاثة » .

وهذا إذا لم يكن فيه قمار . فأما إذا كان فيـه قمار ، فهـو حرام محض لثبـوت حرمتـه بنص الكتاب ، وهـو قولـه تعالى : ﴿ إنمـا الخمـر والميسـر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾[1] .

ولو أن حاملاً ماتت وفي بطنها ولـد يضطرب : فـإن كان غـالب الظن أنه ولد حي ، وهو في مدة يعيش غالباً ، فإنه يشق بطنها ، لأن فيـه إحياء الآدمي ، بتـرك تعظيم الآدمي ، وتـرك التعظيم أهـون من مبـاشـرة سبب الموت .

ولو ابتلع إنسان درة رجل ، فمات ـ لم يشق بطنه ، لإخـراج الدرة ، لأن حرمة النفس فوق حرمـة المال . وإن كـان الذي ابتلع غنيـاً ، يضمن قيمة الدرة لصاحبها . وإن كان فقيراً ، فيكون له ثواب التصدق بها ـ والله تعالى أعلم .

---

(١) سورة المائدة الآية ٢٠ .

كتاب
السَّبَق

قال :

لا بأس بالمسابقة في أربعة أشياء : في النصل ، والحافر ، والخف ، والقدم ـ لما روي عن النبيّ عليه السلام أنه قال : « كل لعب حرام إلا ثلاثة : ملاعبة الرجل أهله ، ورميه عن قوسه ، وتأديبه فرسه » .

وتفسير المسابقة في النصل ـ هو الرمي بالسهام ، والرماح ، وكل سلاح يمكن أن يرمى به . فكانت المسابقة بذلك من باب تعلم أسباب الجهاد ، فكان مرخصاً ، وإن كان في الأصل من اللعب .

وتفسير المسابقة بالحافر ـ هو عدو الفرس والحمار والبغل .

والمراد بالخف ـ هو الإبل والبقر ، لأنه قد يركب عليها ، في باب الجهاد ، بعض الناس .

والمراد بالمسابقة بالقدم ـ هو المشي بالقدم ، وهذا مما يحتاج إليه للكر وللفر في الجهاد . فكان من رياضة النفس . وأصله ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « سابقت النبيّ عليه السلام فسبقته ، فلما حملت اللحم سابقته ، فسبقني ، فقلت : هذه بتلك » .

ثم المسابقة على أربعة أوجه : فثلاثة أوجه منها حلال ، والرابع حرام .

أما أحد الأوجه الحلال ـ بأن كان السلطان أو أحد من الرؤساء اذا

قال لجماعة من الفرسان أو لاثنين : « من سبق منكم ، فله كذا » أو : « إن سبق فلا شيء عليه » ـ فمن سبق جعل له خطر .

وكذا إذا قال لجماعة من الرماة إلى الهدف : « من أصاب منكم الهدف ، فله كذا » لأن هذا تحريض لهم على فعل هو سبب الجهاد في الجملة .

والترجيح من الإمام في الغنيمة لبعض الغزاة ، تحريضاً لهم على الجهاد ، جائز ، بأن قال : « من قتل قتيلاً فله سلبه » ، « ومن دخل الحصن أولاً فله من النفل كذا » مع أن الغنيمة حق الغزاة في الجملة ـ فهذا يعطي من ماله ، فأحق بالجواز .

والثاني ـ أن يسابق رجلان أو يسابق جماعة ، في السهام أو في الفرس أو المشي بالقدم ، وقال لصاحبه : « إن سبقتني فلك كذا وإن سبقتك فلا شيء عليك » ـ فهذا مباح ، لأن الخطر فيه من أحد الجانبين .

والثالث ـ إن كان الخطر من الاثنين أو من الجماعة ، ومعهم محلل يأخذ خطرهم إن سبق ، ولا يغرم إن سبق ـ فهذا جائز .

والرابع ـ أن يكون الخطر من كل واحد : على أنه إن سبق فله الخطر ، وإن سُبق فيغرم لصاحبه مثله ـ فهذا لا يجوز ، لأن هذا من باب القمار ، وإنه حرام .

ثم إنما يجوز الرهان والمسابقة فيما يجوز أن يسبق أحدهما ، ويُسبق الآخر . فأما إذا كان في موضع يعلم من حيث الغالب أنه يسبق أحدهما ، فإن ذلك لا يجوز ، لأن هذا إيجاب المال للغير على نفسه ، بشرط لا منفعة له فيه ، وإنما جوزنا ذلك في الفصل الأول لأنه تحريض على مباشرة سبب الجهاد في الجملة .

كتاب
المفقود

قال :

يحتاج إلى :

تفسير المفقود ،

وإلى بيان أحكامه على الخصوص .

أما الأول

فالمفقود هو الذي غاب عن بلده ، بحيث لا يعرف أثره ، ومضى على ذلك زمان ، ولم يظهر أثره .

وأما حكمه

فنوعان : أحدهما في الحال ، والثاني في المآل .

أما حكم المآل :

إذا تطاول الزمان بعدما فقد من وقت ولادته بحيث لا يعيش مثله إلى ذلك الزمان بيقين ، أو من حيث الغالب ـ يحكم بموته . وتقع الفرقة بينه وبين نسائه . ويعتق أمهات أولاده ومدبروه . ويقسم ماله بين ورثته . ولا يرث هو من أحد .

ولم يقدر في ظاهر الرواية تقديراً في ذلك .

وروى ابن زياد[1] عن أبي حنيفة أنه قدر ذلك بمائة وعشرين سنة من وقت الولادة .

(١) والحسن بن زياد اللؤلؤي (نسبة الى بيع اللؤلؤ) من أصحاب أبي حنيفة . كان حافظاً للروايات=

وأما حكم الحال :

فهو أن القاضي هو الحافظ لماله ، والمتصرف فيه فيما يرجع إلى الحفظ . فإن كان شيئاً مما يتسارع إليه الفساد ، فإنه يبيعه ويحفظ ثمنه . وكذا إذا كان عروضاً ، وحفظ الثمن أيسر ـ فلا بأس ببيعه . ولا يبيع العقار أصلاً .

وإن كان له ودائع يترك في أيديهم ، لكونهم أمناء ، ما دام المفقود في حكم الأحياء .

ثم إن له أن ينفق من ماله على نسائه إن كان يعلم ببقاء النكاح بينهما . وكذا على أولاده الصغار ، والذكور الكبار الزمنى ، والإناث .

وإن لم يكن له مال ، وله ودائع : فإنه ينفق من ذلك إذا كان من جنس الطعام ، والثياب ، والدراهم ، والدنانير .

ولا يبيع العروض للنفقة على هؤلاء ، ولكن للأب أن يبيع العروض في نفقته ، لأن للأب ولاية التصرف في مال الابن في الجملة ، وإن لم يكن من باب الحفظ بخلاف القاضي .

وهذا إذا كان المودع مقراً بالوديعة وبالنكاح وبالنسب . فأما إذا كان منكراً ، فإنه لا يسمع عليه الخصومة في إثبات المال ، ولا في إثبات النكاح والنسب ، لأن هذا قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر ، وإنه غير جائز عندنا .

ولو مات واحد من أقربائه ، فإنه لا يرث ، حتى لا يأخذ القاضي حصته من تركة الميت فيحفظ على المفقود ، ولكن يوقف حتى يظهر أمره ، لأنه حي من حيث الظاهر ، والظاهر لا يصلح حجة لاستحقاق أمر لم يكن ، ولكن لما كانت الحياة ثابتة ظاهراً ، اعتبر في حق التوقف .

= عن أبي حنيفة . وولي القضاء ثم استعفي . وأخذ عنه محمد بن سماعة ومحمد بن شجاع الثلجي . وله كتاب « المجرد » و « الأمالي » . قيل : توفي سنة ٢٠٤ هـ .

كتاب
اللقيط واللقطة وجعل الآبق

قال :

يحتاج إلى :

تفسير اللقيط ، واللقطة ، والآبق ، والضالة ، وإلى بيان أحكامها على الخصوص .

أما الأول ـ فنقول :

أما اللقيط ـ فما يلتقط ويؤخذ مما طرح على الأرض من صغار بني آدم .

واللقطة ـ ما يلتقط مما يوجد مطروحاً على الأرض من الأموال من غير الحيوان .

والآبق ـ هو المملوك الذي فر من صاحبه قصداً .

والضالة ـ هي الدابة التي ندت[1] وضلت الطريق الى مربطها .

وأما الثاني ـ فنقول :

أما حكم اللقيط ـ فنقول :

إن اللقيط يساوي الصبي ، الذي ليس بلقيط ، في عامة الأحكام . وله أحكام على الخصوص :

(١) نَدّ البعير نفر وذهب على وجهه شارداً .

منها ـ أن التقاطه واجب على كل من وجده ، لأن في تركه ضياعه ، فيجب عليه صيانته .

ومنها ـ أنه إذا التقطه فإن شاء تبرع بتربيته والإنفاق عليه ، وإن شاء رفع الأمر إلى السلطان ، ليأمر بتربيته ، أحداً ، من مال بيت المال ، والإنفاق عليه ، لأن بيت المال معد لحوائج جميع المسلمين . وهذا اذا لم يكن له مال . فإن كان له مال ، بأن وجد الملتقط معه مالاً ، فيكون مال اللقيط ـ فنفقته من ذلك المال ، لأنه غير محتاج ، فلا يثبت حقه في بيت المال .

ولو أنفق عليه الملتقط ، ليرجع عليه بعد بلوغه : فإن كان بإذن القاضي ، له أن يرجع ، وإلا فيكون متبرعاً .

ومنها ـ أن الولاية عليه للسلطان في حق الحفظ ، وفي حق التزويج ، لقوله عليه السلام : « السلطان ولي من لا ولي له » ، وليس للملتقط ولاية التزويج .

وإذا زوجه السلطان ، فالمهر في بيت المال ، إلا إذا كان للقيط مال ، فيكون في ماله .

ومنها ـ الولاء : فيكون ولاؤه لبيت المال ، حتى إنه إذا جنى على إنسان ، خطأ ، فإن ذلك يكون في بيت المال ، لأن عاقلته جميع المسلمين ، فيكون عقله من مالهم ، وهو مال بيت المال . وكذلك ميراثه : لبيت المال إذا لم يظهر له وارث .

ومنها ـ حكم الحرية : فهو حر من حيث الظاهر ، لأن دار الإسلام دار حرية فيبنى على الظاهر .

ولو ادعى الملتقط أنه عبده : فإن لم يقر بأنه لقيط ، فالقول قوله ، لأن الصغير لا يد له ، فهو وسائر الأموال سواء ، فإذا كان في يده فهو

ملكه ظاهراً ، فيكون القول قوله .

فأما إذا أقر أنه لقيط ، فلا يصح دعواه ، لأنه ثبتت حريته ظاهراً .

ولو بلغ اللقيط وأقر أنه عبد فلان : إن لم يجز عليه حكم الأحرار ، من قبول شهادته وضرب قاذفه ونحو ذلك ، يصح إقراره . وإن أُجري عليه من أحكام الحرية شيء ، لا يصح .

ومنها ـ حكم النسب : إذا ادعى الملتقط ، أو غيره ، أنه ابنه ، والمدعي مسلم أو ذمي ، فالقياس أن لا يصح دعواه ، إلا بالبينة . وفي الاستحسان : يصح ، لأن في هذا نفع للصغير .

ولو ادعاه رجلان : أحدهما مسلم ، والآخر ذمي ـ فإنه يثبت نسبه من المسلم .

ولو ادعى المسلم أنه عبده ، والذمي أنه ابنه ـ فإنه يثبت نسبه من الذمي ، حتى يثبت له الحرية ، ويكون مسلماً ، لأن حكمه حكم دار الإسلام .

ولو كانا مسلمين وأحدهما عبد مأذون أو مكاتب : فالنسب يثبت من الحر .

ولو كانا حرين مسلمين : فإن لم يكن لهما بينة ولم يذكر أحدهما علامة ، أو ذكرا جميعاً العلامة ، أو أقاما جميعاً البينة ـ فهو بينهما .

وإن كان لأحدهما بينة ، أو ذكر العلامة ، ولم يكن للآخر ذلك ـ فالأول أولى ، لأنه ترجح جانبه بمرجح .

وإن ادعت امرأة اللقيط أنه ابنها : فإن لم يكن لها زوج : لا يصح ، لأن في ذلك حمل النسب على الغير . وإن كان لها زوج ، فصدقها ، أو شهدت لها القابلة ، أو شاهدان : يثبت النسب بينهما .

ولو ادعت امرأتان : فإن لم يكن لهما بينة : لا تقبل . وإن أقاما البينة على أنه ابنها من فلان : فعن أبي حنيفة أنه يقبل منهما ، ومن الرجل . وعن محمد روايتان : في رواية أبي حفص : يجعل ابنهما ، وفي رواية أبي سليمان : لا يجعل ابنهما .

وأما حكم الإسلام ـ فقد اختلفت الرواية عن أصحابنا : ففي ظاهر الروايات : اعتبر المكان دون الواجد ـ فإن وجد في دار الإسلام : يكون مسلماً . وإن وجد في كنيسة اليهود ، أو في بيعة النصارى ، أو في قرية كلهم أهل الذمة : فهو تبع لهم .

وفي رواية : اعتبر الواجد ، كيفما كان ، دون المكان .

وفي رواية : اعتبر جانب الإسلام : إما الواجد ، أو المكان .

وأما حكم اللقطة على الخصوص :

فمنها ـ أن من ظفر على لقطة ، فالأخذ أولى . أما الترك : فقالوا : إن كان يأمن على نفسه أنه يُعرِّفها ويردها على صاحبها ، ولا محالة أو غالباً ، فالأخذ أولى ، لأنه ربما يأخذه فاسق لو تركه . وأما إذا كان لا يأمن على نفسه فالترك أولى ، لأن صيانة نفسه عن الوقوع في الفساد أولى ، مع احتمال أن يأخذه مصلح ، فيصل إلى صاحبه أيضاً .

وإذا أخذ وأراد أن يضعها مكانها ، وندم على الأخذ ، فوضعها ـ هل يضمن ؟ في ظاهر الرواية : لا يضمن ، وفي بعض الروايات : يضمن ـ وهو قول الشافعي .

ولو دفعها ، إلى غيره ، بغير إذن القاضي ـ فإنه يضمن ، لأنه يجب عليه حفظها ، بنفسه ، بالتزامه الحفظ ، بالالتقاط .

ولو هلكت في يده ـ فإن أشهد على اللقطة ، بأن قال للناس : « إني

وجدت لقطة فمن طلبها فدلـوه عليّ » : فـإنه لا يضمن . ولـو لم يشهد : فعند أبي حنيفة : يضمن ، وعنـدهما : لا يضمن إذا كـان أخذه ليـرده إلى صاحبه ويحلف على ذلك إن لم يصدقه صاحبه .

ثم الملتقط إذا أخذه ليرده إلى صاحبه ، وأشهد : ينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي : فان كانت اللقطة حيواناً ، فالقاضي يأمره حتى يؤاجـرها ، فتكون نفقتها ومؤونتها من الأجرة ، إن رأى المصلحة في ذلك . وإن لم ير المصلحـة في الإجارة : فـإن رأى أن يأمـره بأن ينفق عليهـا بمـال نفسـه ، ليرجع عـلى صاحبـه ، فعل ، وإن رأى أن يبيعهـا ويأمـره بإمسـاك ثمنها ـ فعل .

ويعرف ذلك سنة في جواب ظاهر الـرواية ، وفي روايـة الحسن : على قـدر حال اللقـطة : في النفيس سنة ، وفي الـدني الذي قيمتـه زائدة عـلى عشرة دراهم : لا ينقص من شهر على هذا الاعتبار .

فإذا مضى وقت التعريف ، ولم يظهر صاحبها : فـإن كان الـرجل موسراً : لا يحل له أن ينفق على نفسه ، ولكن يتصـدق بها عـلى الفقراء . وقال الشافعي : يحل . وإن كان معسراً : له أن يتصدق على نفسـه ؛ وإن شاء : يتصدق بها على الفقراء .

فإن ظهر صاحبها : فـإن شاء أمضى الصـدقة ولـه ثوابهـا ، وإن شاء أخذ من المتصدق عليه ، وإن شاء ضمن الملتقط .

وإن كان شيئاً يتسارع إليه الفساد ، فإنه يعرفها ، بقدر ما لا يفسد ، ثم يتصدق ، أو ينفق على نفسه على ما ذكرنا .

وإنما يدفع إلى من يدعي اللقـطة إذا أقام البينـة . فإن ذكـر غلامـات

هي فيها : فإن شاء الملتقط صدقه ودفع إليه ، وإن شاء امتنع حتى يقيم البينة .

وكذا الجواب في **الدابة الضالة** ، من الغنم والإبل وغيرهما . فأما إذا لم تكن ضالة ، ولكنها نفرت في المراعي ، فإنه لا يأخذها ، لأن ذلك أمر مُعتاد ، إذا كان قريباً من البلدة أو القرية أو الخيام .

فأما اذا كان غالب ظنه أنها ضالة ، فإنه يأخذها .

وأما العبد إذا لم يكن ضالاً للطريق ، ولكنه آبق ، من صاحبه - فالجواب ما ذكرنا . ولكن ههنا متى رده إلى المالك : إن كان من مسيرة سفر ، يستحق الجعل على صاحبه : أربعين درهماً عندنا ، وعند الشافعي : لا يجب شيء .

وإن كان الرد في أقل من مدة السفر : يستحق الرضخ بقدره .
ولو كان الراد اثنين ، فيكون الجعل بينهما .
وهذا اذا كانت قيمته أكثر من أربعين درهماً .

فأما اذا كانت أربعين ، أو دون ذلك ، فإنه ينقص من الجعل درهماً عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا ينقص منه شيء .

ولو كان الراد من كان في عياله ، لا يستحق الجعل . فأما من لم يكن في عياله ، فإنه يستحق ، سواء كان أجنبياً أو ذا رحم محرم منه ، إلا الوالدين والمولودين : ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد .

كتاب الخنثى

قال :

الخنثى من يكون له آلة الرجال وآلة النساء . والشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى ، ولكنه يحتمل أن يكون ذكراً ، وآلة النساء في حقه نقصان ، بمنزلة موضع شجة لم تلتئم ، ويحتمل أن يكون أنثى ، وآلة الرجال في حقها زيادة ، بمنزلة الأصبع الزائدة .

والشرع جعل العلامة الفاصلة بينهما ، قبل البلوغ ، هو المبال ، على ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : « الخنثى يورث من حيث يبول » - فلما جعل الأمارة هذا في حق الإرث ، فكذا في حق الأحكام التي تختص بالخنثى : يجب أن يكون هو العلامة .

فإن كان يبول من مبال الرجال ، فهو ذكر . وإن كان يبول من مبال النساء ، فهو أنثى . وإن كان يبول منهما جميعاً ، فالحكم للأسبق منهما . وإذا استويا في السبق : قال أبو حنيفة : أتوقف فيه . وقالا : يعتبر الأكثر في ذلك ، ثم إذا استويا في الكثرة والقلة ، توقفا فيه أيضاً كما توقف أبو حنيفة . والتوقف في موضع عدم الدليل ، واجب ، وهو الخنثى المشكل .

وإنما يظهر الحال ، ويزول الإشكال ، بالبلوغ : بظهور الحيض ، والحبل ، ونهود الثديين ، ونبات اللحية ، والاحتلام ، ونحوها - فيجري عليه أحكام الذكر أو الأنثى .

فأما في حال كونه مشكلاً فله أحكام مخصوصة ـ منها :

الختان ـ ينبغي أن يشتري له جارية ، ختانة ، من ماله إن كان له مال ، ومن مال الأبوين إن كان ، والا فالقاضي يشتري له من مال بيت المال جارية ختانة فتختنه : فإن كان ذكراً فهي جاريته ، وإن كان أنثى ، فالأنثى قد تختن الأنثى عند الحاجة إليه .

ولا يلبس الحرير احتياطاً .

وموقفه في الصلاة خلف صف الذكور ، قبل صف النساء .

وكذا في ترتيب الجنائز عند الاجتماع : تقدم جنازته على جنازة الإناث .

وتغسله زوجته إن كانت ، وإلا فلا يغسل ، ولكن ييمم : إن كان له ذو رحم محرم ييممه بلا خرقة ،وإن كان أجنبياً فمع الخرقة .

وأما حكم الميراث ـ فعند أصحابنا : يكون له أقل الأنصباء ، وهو نصيب الأنثى إن كان أقل . وإن كان أكثر في بعض الأحوال : يكون له نصيب الذكور .

وعلى قول الشعبي : يكون له نصف ميراث الرجال ، ونصف ميراث النساء .

بيانه :

ـ إذا ترك ابناً معروفاً وخنثى : للابن الثلثان ، وللخنثى الثلث ، لأنه أقل .

ـ وإذا ترك خنثى وعصبة : فللخنثى النصف ، وهو ميراث البنت ، والباقي للعصبة .

ـ ولو ترك أختاً لأب وأم ، وخنثى لأب ، وعصبة ـ يجعل أنثى ، أنه ترك : أختاً لأب وأم ، وأختاً لأب ، وعصبة : فللأخت للأب والأم

النصف ، وللخنثى السدس ، والباقي للعصبة .

ـ وإن تـركت زوجـاً ، وأختـاً لأب وأم ، وخـنثى لأب : فللزوج النصف ، وللأخت لأب وأم النصف ، ولا شيء للخنثى ، ويجعل ذكراً ، لأن هذا أسوأ حالة ، لأنا لو جعلناه أنثى يكون نصيبـه السدس ، وتعـول المسألة ، ولو جعلناه ذكراً لا يرث شيئاً ـ كما إذا تركت زوجاً ، وأختـاً لأب وأم ، وأخاً لأب على هذا القياس .

وبيان قول الشعبي ، وتفسير قول أبي يوسف ، وتخريجه له ، وتخـريج محمد ، على وجه آخر ، يذكر في الفرائض إن شاء الله تعـالىٰ ـ ونشير إليـه ههنا :

إذا ترك ابناً وخنثى : فعلى تخريج أبي يوسف : يجعـل المال بينهـما على سبعة أسهـم : للابن المعروف أربعة ، وله ثلاثة .

وعلى تخريج محمد : الميراث بينهما على اثني عشر سهماً ، بطريق تنزيل الأحوال ، فيكون للابن المعروف سبعة ، وللخنثى خمسة ـ والله تعالى أعلم بالصواب .

كتاب الشهادات

يحتاج إلى ثلاثة فصول :

إلى بيان تحمل الشهادة ،

وإلى بيان حضور الشهود عند النكاح ،

وإلى بيان جواز أداء الشهادة عند القاضي .

أما الأول ـ فنقول :

تحمُّل الشهادة إنما يجوز عند المعاينة ، أو عن سماع الإقرار وإنشاء القول ، من النكاح ، والطلاق ، والبيع ، ونحوها ، من الخصم .

فأما التسامع من الناس فلا عبرة به ، إلا في مواضع مخصوصة : في النكاح ، والنسب ، والموت ، وفي الولاء اختلاف : عند أبي حنيفة ومحمد : لا يقبل ، وعند أبي يوسف : يقبل .

وإنما يصح التحمل ممن له عقل وتمييز ، ليفهم كلام الخصمين ، أو يعلم ما يفعله ، سواء كان حراً أو عبداً ، أو فاسقاً أو كافراً ، أو صغيراً عاقلاً أو بالغاً ، حتى إذا زالت هذه المعاني وحدثت ضدها تقبل شهادته .

وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه ، أو المرأة لزوجها ـ تقبل بعد العتق ، والبينونة . لكن لو شهد لمولاه وردت شهادته ، أو شهدت المرأة لزوجها وردت ، ثم شهدا بعد العتق والبينونة ، في تلك الحادثة : لا تقبل ـ بخلاف الكافر إذا شهد على مسلم في حادثة ، فردت شهادته ، ثم

أعاد تلك الشهادة بعد الإسلام : تقبل - والفرق مذكور في الخلافيات .

وأما حضور الشهود عند عقد النكاح

فقد بيّنا ذلك في كتاب النكاح ، فلا نعيده .

وأما جواز الشهادة عند القاضي - فنقول :

شهادة رجلين عدلين مقبولة في جميع الأحكام ، في أسباب العقوبات ، وغيرها ، إلا في الزنا : فإنه لا تقبل إلا شهادة أربعة رجال عدول .

وشهادة رجل وامرأتين مقبولة ، في جميع الأحكام ، عندنا ، إلا في الحدود والقصاص . وعند الشافعي : لا تقبل إلا في الأموال وتوابعها .

وكذا حكم الشهادة على الشهادة : مثل حكم شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

وتجوز شهادة الأقارب ، مثل شهادة الأجانب ، إلا شهادة الوالدين والمولودين ، وشهادة أحد الزوجين لصاحبه . وعند الشافعي تقبل شهادة الأزواج .

ولا تجوز شهادة المحدود في القذف إذا تاب - عندنا - خلافاً للشافعي .

ولا تجوز شهادة الأعمى ، وإن كان بصيراً عند التحمل ، عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : تقبل إذا كان بصيراً عند التحمل .

ولا تجوز شهادة العبد ، والأخرس . والصبي العاقل ، والمعتوه ، ولا شهادة الأجير له في تجارته التي استأجره فيها ، ولا شهادة أحد الشريكين في مال الشركة والتصرف فيها ، وتقبل فيما سوى ذلك .

وأما شهادة الفاسق ـ فإن تحرى القاضي الصدق في شهادته : تقبل ، وإلا فلا . وعند الشافعي : لا تقبل أصلاً . ولا تقبل في العقوبات .

ولو طعن المشهود عليه في الشاهد : أنه رقيق أو فاسق ـ لم تمض الشهادة ، ما لم يقم البينة على الحرية إن كان مجهول النسب .

وكذا ما لم يَسَلْ عن عدالتهم ، في السر والعلانية .

ولا يجوز القضاء بظاهر العدالة ، بالاتفاق . وقبل الطعن : يجوز عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما .

ولو اختلف الشاهدان في الوقت ، والمكان ، والعبارة ، مع استواء العبارتين في المعنى : فإن كان ذلك في الإقرار : تقبل شهادتهما ، ولا يوجب اختلاف الشهادة . وإن كان في الفعل ، من الغصب ، والقتل ، والقطع ، وإنشاء البيع ، والطلاق ، ونحوها : فإنه يوجب اختلاف الشهادة ، فما لم يوجد على كل واحد شاهدان : لا يقبل .

وإذا اختلف الشاهدان في جنس المشهود به : لا يقبل .

ولو اختلفا في المقدار ، وأحدهما يدخل في الآخر : والمدعي يدعي الأكثر ، كما إذا شهد أحدهما على ألف والآخر على ألفين : لا تقبل عند أبي حنيفة ، وعندهما : تقبل على الأقل .

وكذا إذا شهد أحدهما على طلقة ، والآخر على طلقتين أو ثلاث ـ لا يقبل عند أبي حنيفة ، وعندهما : يقبل على الأقل .

وأجمعوا أنه إذا شهد أحدهما على ألف ، والآخر على ألف وخمسمائة ، والمدعي يدعي الأكثر : يقبل على ألف ، وقد ذكرنا في الطلاق . وأكثر مسائل الشهادة ذكرنا في الكتب السابقة ، فلا نعيدها .

كتـاب
الرجوع عن الشهادات

الـرجوع عن الشهـادة لا يصح بعـد قضاء القـاضي ، ويصح قبله ، لأنه إخبار يحتمل الغلط . وإنما يصير حجةً ، ضـرورة صحة القضـاء ، فما لم يتصـل به قضـاء القاضي ، يصـح الرجـوع . ولا يلزم الشهود بـذلـك شيء ، لأنه لم يثبت به الحكم .

وبعد الحكم لا يصح الـرجوع في حق الخصم ، ولكن يصـير متلفاً في حق المشهـود عليه ، فيلزمـه ضمانـه ، إلا إذا حصل العـوض ، للمشهود عليه : فبذلك لا يضمن ، لأنه يكـون إتلافاً بعوض ، فـلا يكون إتـلافاً معنى . والعبـرة في الـرجـوع بقـاء من بقي من الشهــود ، لا رجـوع من رجع ، ويبقى الحق بقدر بقاء الشهود ، ويتلف بقدر ما رجع .

إذا ثبت هذا الأصل ، تخرج عليه المسائل .

ـ إذا شهد شاهدان على رجل بمال ، وقضى القاضي بذلـك ، وسلم المال إلى المدعي ، ثم رجع أحدهما : غرم نصف المال ، لأنه بقي النصف ببقاء شاهد واحد . ولو رجعا جميعاً : غرما المال ، بينهما ، نصفين .

ـ ولو كانـوا أربعة ، فـرجع اثنـان أو واحد منهم : فـلا شيء عليه ، لبقاء المال ببقاء الشاهـدين . ولو رجـع ثلاثـة : يلزمهم نصف المال لبقـاء النصف ، ببقاء شاهد واحد .

ـ ولو شهد رجل وامرأتان ، على مـال ، فرجعت امـرأة : غرمت ربـع

المـال . ولو رجعتـا غرمتـا نصف المال ، لبقـاء النصف ببقاء رجـل ، لأن المرأتين بمنزلة رجل واحد .

ـ ولو شهد رجل واحد وعشر نسوة ، عـلى رجل ، بمـال ، ثم رجعوا جميعـاً بعد الحكم : فقـال أبو حنيفـة : على الـرجل سـدس المال ، وعـلى النسـاء خمسة أسـداسه ، لأن كـل امرأتـين بمنزلـة رجل واحـد . وعند أبي يـوسف ومحمـد : عـلى الـرجـل النصف ، وعـلى النســاء النصف ، لأن النساء ، وإن كثرن ، لهن شطر الشهادة .

ـ ولـو شهدا عـلى رجـل : أنـه بـاع عبـده من فـلان بـألف ، وقبض الثمن ، ثم رجعا : لم يضمنا ، لأن هذا إتلاف بعوض .

ـ وكذا لو شهدا على رجل : أنه تزوج امرأة بـألف درهم ، وهو مهـر مثلهـا ، وقضى القاضي بـالنكاح ، ثم رجعـا : لم يضمنا ، لأنهما أثبتـا له البضع بمقابلة المال .

ـ ولو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً ، وقد دخـل بها ، وقضى القاضي ، ثم رجعا : لم يضمنا ، إلا ما زاد على مهر المثـل ، لأنه ، بقـدر مهر المثل ، إتلاف بعوض ، وهو استيفاء منافع البضع .

ولو كان قبل الدخول : فإن كان المهر مسمى ، ضمنا النصف ، وإن لم يكن المهر مسمى يضمنان المتعة ، لأن ذلك تلف بشهادتهما ، ولم يحصـل له بمقابلته عوض .

ـ وكـذلك لـو شهدا عـلى رجل ، بـإجارة داره سنـة ، ثم رجعا بعـد استيفاء السكنى : فإنهما يغرمان للمستأجر مـا زاد على أجـر المثل ، لأنـه ؛ بقدر أجر المثل ، حصل العوض ، والباقي بغير عوض ، فيكون إتلافاً .

ـ كذا لو شهـدا على رجـل : أنه أعتق عبـده بألف درهم وسلم إليـه أولاً ، ثم رجعا : لم يضمنا ، لأن هذا إتلاف بعوض .

ـ ولو شهدا أنه أعتق بغير مال ، ثم رجعا : يضمنان ، للإتلاف بغير عوض .

ـ ولو شهدا على أنه قال لعبده : « إن دخلت هذه الدار فأنت حر » ، وقد دخل ، وقضى القاضي بالعتق ، ثم رجعا : ضمنا ، لأن هذه شهادة على الإعتاق ، وهو إتلاف بغير عوض ، فيضمنان .

ـ ولو شهدا أنه حلف بعتق عبده بدخول الدار ، وشهد آخران على الدخول ، وقضى القاضي بالعتق ، ثم رجعوا : فإن الضمان يجب على شهود اليمين ، لا على شهود الدخول ، لأن الدخول شرط ، وكلام اليمين صار إعتاقاً ، والتلف يضاف إلى العلة ، دون الشرط ، ويكون ، المتلف هو شاهد اليمين .

ـ ولو شهدا على رجل بسرقة عشرة دراهم ، وقضى القاضي ، عند خصومة المالك ، وقطعت يده ، ثم رجعا : يغرمان دية اليد .

ـ وكذلك لو شهدا على رجل بقتل الخطأ ، أو بجراحه خطأ ، ثم رجعا .

ـ ولو شهدا على القتل العمد ، وقضى القاضي ، واقتص ، ثم رجعا : لا يجب القصاص على الشهود عندنا . وعند الشافعي : يجب ، ولكن عندنا يجب المال ، لأنه لا يمكن إيجاب القصاص بالتسبيب ، ويمكن إيجاب المال ، كما في حفر البئر .

ـ ولو شهد أربعة ، على رجل ، بالزنا ، وشهد آخران على الإحصان ، ثم رجعوا بعد إقامة الرجم : لا يجب على شهود الإحصان شيء ، وتجب الدية على شهود الزنا ، لأن الزنا علة ، والإحصان شرط .

ولو رجع أحد الشهود ، بالزنا ، بعد الرجم : فإنه يحد حدَّ القذف ،

لأن شهادته صارت قذفاً ، بإقراره ، ويغرم ربع الدية ، لبقاء ثلاثة أرباع بثلاثة شهود . وإن رجع آخر فكذلك .

ولو أنه إذا رجع واحد منهم ، بعد القضاء ، قبل إقامة الحد عليهم : يحدون جميعاً ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يحد الراجع ، وحده ، استحساناً .

وأجمعوا أنه إذا رجع واحد قبل القضاء بالرجم : فإنهم يحدون جميعاً ـ وهي من مسائل الخلافيات .

كتاب
أدب القاضي

القضاء فريضة محكمة ، يجب على من وجد في حقه شرائط القضاء ، من الولاية على المقضي عليه ، بتسليم المقضي به ، إلى المقضي له ، وهو السلطان ، أو من يقوم مقامه ـ لأن هذا من باب إنصاف المظلوم من الظالم ، وهذا مفوض إلى الخلفاء والسلاطين ، غير أنهم إذا عجزوا بأنفسهم ، إما لعدم العلم أو لاشتغالهم بأمور أُخر ، يجب عليهم أن يقلدوه من كان يصلح له ، ممن هو من أفقه الناس ، بحضرتهم ، وأورعهم .

فإن وجدوا اثنين : أحدهما أفقه ، والآخر أورع ، فالأورع أولى ، لأنه يمكنه أن يقضي بعلم غيره ، ولا بد من الورع ، حتى لا يتجاوز حدّ الشرع ، ولا يصور الباطل بصورة الحق ، طمعاً في الرشوة .

ويجب على من استجمع فيه شرائط القضاء ، أن يقبله إذا قلدوه ، حتى لو امتنع يأثم ، إلا إذا كان في العلماء ، بحضرتهم ، ممن يصلح له كثرة ، فلا بأس بأن يعتذر بعذر ، فيدفع عن نفسه إلى غيره ، لأنه ليس بمتعين لذلك ، والذي تعين لا يحل له الامتناع إذا قلد ، ولكن لا ينبغي أن يطلب لأنه ربما لا يقلد ، فيذهب ماؤه وحرمة علمه .

ثم القضاء له واجبات وآداب :

فأما الواجبات :

فمنها ـ أنه يجب على القاضي أن يقضي ، في كل حادثة ، بما يثبت عنده أنه حكم الله تعالىٰ ، إما بدليل قطعي نحو نص الكتاب مفسراً لا شبهة في معناه ، أو السنة المتواترة أو المشهورة ، أو الإجماع ـ وإما بدليل ظاهر موجب للعمل ، كظاهر النص ، من الكتاب ، والسنّة ، والقياس ، وذلك في موضع لا إجماع فيه بين الفقهاء .

وإن كان مختلفاً فيه ، أو لم تكن واقعة ، أو كانت واقعة ، ولا رواية في جوابها عن السلف ، يجب عليه أن يعمل برأي نفسه إن كان من أهل الاجتهاد ، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد ، يختار قول من هو أفقههم وأورعهم .

ولو كان القاضي من أهل الاجتهاد ، لكن لم ينظر في دليل المسألة ، واعتمد على اجتهاد من هو أفقه منه ـ هل يجوز له القضاء به ؟ على قول أبي حنيفة : جاز ، وعلى قولهما : لا يجوز ، إلا وأن يعمل باجتهاد نفسه ـ ذكر الاختلاف في كتاب الحدود .

ومما يجب عليه أيضاً ـ أن يقضي بما ثبت عنده بالبينة أو الإقرار ، أو يكون المدعى به مما يدخل فيه النكول ، لأن الشرع جعل هذه الجملة حجة في حقه ، ولكن لا بد من أن يثبت عدالة الشهود عنده ، بالسؤال عنهم ، ممن له علم بأحوالهم في السر والعلانية ، فعدلوه وقالوا : هو جائز الشهادة .

وأما القضاء بعلم نفسه ، بالمعاينة أو بسماع الإقرار أو بمشاهدة الأحوال : فإن قضى بعلم حادث له في زمان القضاء ، وفي مكانه ، في الأملاك المرسلة ، والحقوق ، من الطلاق والعتاق ونحوهما ، وفي

القصاص وفي حد القذف ـ جاز . وإن كان في سائر الحدود : لا يجوز ـ وهذا عندنا .

وعن الشافعي قولان : في قول : لا يجوز في الكل ، وفي قول : يجوز في الكل .

وأما إذا قضى بعلم كان قبل أن يقلد القضاء ، أو بعلم بعد التقليد لكن قبل أن يصل إلى البلد الذي ولي قضاءه : فقد أجمع أصحابنا أنه لا يجوز في الحدود غير حد القذف . فأما في سائر الأحكام وفي حد القذف والقصاص : فقد اختلفوا : قال أبو حنيفة : لا يجوز . وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يجوز ـ وفروع هذا الفصل ودلائله تعرف في المبسوط إن شاء الله تعالىٰ .

ولا يجوز للقاضي أن يقضي لنفسه ، ولا لأبويه وإن علوا ، ولا لزوجته ، ولا لأولاده ، وإن سفلوا ، ولا لكل من لا تجوز شهادته لهم .

وهل يقضي بكتاب قاض ورد إليه من قضاة البلدان ؟ ليس له أن يقضي في الحدود والقصاص ، وأما في الديون والعروض والعقار ـ فقد جاز القضاء به .

ولا يجوز في الحدود والقصاص القضاء بالشهادة على الشهادة . وفي الغلام والجارية : عند أبي حنيفة ومحمد : لا يكتب إلى القضاة ، ولا يقبل . وعن أبي يوسف : يقبل ، وهو قول ابن أبي ليلى ـ وعمل القضاة على هذا ، لأجل الضرورة العامة .

ثم فيما يقبل فيها الكتاب ـ إذا ورد الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه ، ينبغي إن لا يفك الكتاب ، ولا يقرأه إلا بحضرة الخصم ، كي لا يتهم في ذلك .

وأما آداب القضاة

فللقاضي أن يجلس مع نفسه قوماً من الفقهاء ، ليشاور معهم إذا احتاج إليه . فإن اتفقوا عليه ، والحادثة معروفة في السلف ، يقضي به . وإن اختلفوا فعلى ما ذكرنا .

فإن بدا له أن يرجع فيما اعتمد على قول بعضهم ، ورأى الصواب في قول الآخر ـ فله ذلك ، لأن له أن يقضي في المجتهد فيه ، بما لاح له من دليل الاجتهاد إن كان مجتهداً .

فأما بعد الحكم ـ فليس له أن يبطل ذلك القضاء ، لأنه صار بالقضاء كالمتفق عليه ، ولكن يعمل في المستقبل بخلافه إذا رأى ذلك صواباً .

وينبغي أن يعدل بين الخصمين في مجلسهما منه : لا يقرب أحدهما دون الآخر ، وإن كان له شرف العلم والنسب . وإن كان يريد تعظيم ذلك في المجلس ، ينبغي أن يجلس خصمه معه ، أينما أجلس الأول .

وكذلك يعدل بينهما في النظر والمنطق . ولا يشير إلى أحد الخصمين دون الآخر .

وكذلك لا يخلو بأحدهما ، دفعاً للتهمة .

ولا يرفع صوته على أحدهما ما لم يرفع على الآخر ، عند الشغب والمنازعة . فأما اذا وجد من أحدهما ، فانه يرفع صوته عليه تأديباً له .

ولا ينبغي أن يلقن أحد الخصمين حجته . ولا بأس بأن يلقن الشاهد ، إذا كان يستحي ويهاب مجلس القاضي ، بشيء هو حق .

وإذا تكلم أحدهما أسكت الآخر ، حتى يسمع كلامه ، ويفهم ، ثم يستنطق الآخر ، حتى يكون أقرب إلى الفهم .

ولا ينبغي أن يجلس للقضاء وبه ما يشغله عنه ، نحو الهم ،

والغضب ، والنعاس ، وغيرها ، على ما قال عليه السلام : « لا يقضي القاضي وهو غضبان » .

وينبغي أن يقدم الرجال على حدة ، والنساء على حدة ، الأول فالأول . ولا يخلط النساء بالرجال ، لأنه سبب للفتنة .

وينبغي أن يتخذ كاتباً من أهل العفاف والصلاح ، وهو فقيه عالم بصنعة الكتابة ، ثم يقعده حيث يرى ما يكتب وما يصنع . وفي عادة السلف أن القاضي هو الذي يكتب خصومة كلا الخصمين ،على كاغذ[1] السؤال والجواب ، ثم يكتب شهادة الشهود على حسب ما شهدوا بعد كتابة جواب الخصم ، ثم يطوي الكتاب ، ثم يختمه ، ثم يكتب على ظهره « خصومة فلان وفلان ، في شهر كذا ، في سنة كذا » ـ ويضعه في قمطرة على حدة . وفي زماننا : العادة أن الكاتب هو الذي يكتب كتاب الدعوى ، ويترك موضع التاريخ ، ولا يكتب جواب الخصم ، ويكتب أسماء الشهود بعد ذلك ، ويترك فيما بين الخطين فرجة ، فإذا رفع الدعوى عند القاضي ، فيكتب التاريخ بنفسه ، ويكتب جواب الخصم على الوجه الذي تقرر . وإذا شهد الشهود في المجلس على ما يدعيه المدعي يكتب شهادة كل واحد تحت اسمه على الوجه الذي تقرر ويختم الكتاب ، ثم يكتب بنفسه في ذلك اليوم أسماء الشهود ، أو يأمر الكاتب حتى يكتبه بين يديه ، ويختم ، ويبعث بذلك على يد رجل من أهل الثقة ، في السر ، إلى أهل الثقة والصلاح عنده ، حتى يعدلوا الشهود . فإذا اتفق اثنان أو أكثر على تزكية رجل ، قبل قوله ، وعمل به .

وإن اجتمع جماعة على أنه ثقة ، واثنان على جرحه ـ يأخذ بالجرح .

والعدد شرط عندهما في المزكين . وأما عند أبي حنيفة : فالواحد كاف .

---

(١) الكاغذ والكاغد سواء وهو القرطاس وهو معرب .

وكذا الخلاف في الذي يبعث المستورة : يشترط فيه العدد عندهما ، خلافاً له .

ثم يسأل عن التزكية علانية بعدما يسأل في السر ، حتى لا يقع فيه ريبة على القاضي ، فيتهم بذلك .

ولا ينبغي للقاضي أن يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم منه ، أو من صديق ، قديم الصحبة ، قد كان بينهما التهادي قبل زمان القضاء ، فأما من غير هذين : فلا يقبل الهدية ، ويكون ذلك في معنى الرشوة .

وأما الدعوة ـ فإن كانت دعوة عامة ، مثل دعوة العرس ، والختان : فلا بأس بذلك . فأما الدعوة الخاصة : فإن كانت من ذي الرحم المحرم ، أو الصديق القديم الذي كان يضيفه قبل القضاء : فلا بأس بالإجابة . وفي غيرهما : لا ينبغي أن يحضر ، لأن ذلك يوجب تهمة فيه .

ولا بأس للقاضي أن يبعث الخصمين إلى المصالحة إن طمع منهما المصالحة . وإن لم يطمع ولم يرضيا بذلك فلا يردهما إلى الصلح ، ويتركهما على الخصومة ، وينفذ القضاء في حق من قامت الحجة له . والله تعالى أعلم .

كتاب
الوقف والصدقة

في الكتاب فصلان : فصل في الوقف ، وفصل في الصدقة .

أما الأول :

فقد أجمع العلماء أن من وقف أرضه أو داره ، مسجداً ، بأن قال : «جعلت هذه الأرض مسجداً يصلي فيه الناس » ـ أنه جائز ، لأن هذا إبطال ملكه عنه ، وجعله لله تعالىٰ خالصاً ، كمن أعتق عبده .

لكن التسليم شرط عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف : ليس بشرط .

وتسليمه عندهما أن يأذن للناس بصلاة الجماعة فيه ، فيصلي فيه جماعة من الناس بجماعة : فإنه يصير مسلماً إلى الناس ـ كذا ذكر هلال الرأي[1] في كتاب « الوقف » الذي صنفه .

وقال بعض المشايخ : إذا جعل له متولياً قيماً يتصرف في مصالحه ، ويأذن له بقبضه ، بطريق النيابة عن الناس . ويأمرهم بالصلاة فيه ـ فيكون التسليم صحيحاً ، ولا يمكنه الرجوع بعد ذلك عندهما .

---

(١) وسيأتي أن هذا غلط . وهو هلال ابن يحيى بن مسلم الرأي البصري ، ويقع في بعض الكتب « الرازي » . وقد قال صاحب الجواهر ان هذا غلط . وقد قيل له « الرأي » لسعة علمه وكثرة فقهه كما قيل : « ربيعة الرأي » ـ أخذ الفقه عن أبي يوسف وزفر . وله مصنف في « الشروط » وله « أحكام الوقف » تداوله العلماء . وقد مات سنة ٣٤٥ هـ .

وأما إذا جعل أرضه أو داره وقفاً على الفقراء ، أو على وجوه الخير - فعند أبي حنيفة : إن جعله وقفاً في حال حياته ، ولم يقل وصية بعد وفاته ، فإنه يكون هذا الوقف صحيحاً ، في حق التصدق بالغلة وبالسكنى في الدار إلى وقت وفاته ، ويكون نذراً بالتصدق بذلك ، وتكون رقبة الأرض على ملكه : يجوز له بيعه والتصرفات فيه . وإذا مات يصير ميراثاً للورثة - وهذا معنى قول بعض المشايخ : إن الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة : أن الوقف لا حكم له عنده ، بل يكون نذراً بالتصدق بغلته ومنافعه .

وأما إذا وقف في حال حياته ، وأوصى بذلك بعد وفاته - فإنه يجوز بلا خلاف ، لكن ينظر : إن خرج من الثلث : يجوز في الكل ، وإن لم يخرج من الثلث : يجوز الوقف فيه بقدر الثلث ، ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال آخر ، أو يجيزه الورثة . فإن لم يظهر له مال ، ولم يجز الورثة ، تقسم الغلة بينهم أثلاثاً : الثلث للوقف والثلثان بين الورثة على قدر أنصبائهم . وإن أجازه الورثة يصير جائزاً ، ويتأبد الوقف بحيث لا يبطل بعد ذلك .

ولو رفع الأمر إلى القاضي ، فأمضى القاضي الوقف ، بناء على دعوى صحيحة ، وشهادة قائمة على ذلك ، وأنكر الواقف ذلك - صح .

ولو شهد الشهود على الوقف ، من غير دعوى - قالوا : إن القاضي يقبل ، لأن الوقف حكمه التصدق بالغلة ، وهو حق الله تعالى ، وفي حقوق الله تعالى لا يشترط الدعوى .

وهذا إذا كان من رأي القاضي أن الوقف صحيح ، لازم ، لا يجوز نقضه بحال ، كما قال أبو يوسف ومحمد ، حتى يكون قضاء في فصل مجتهد فيه ، فينفذ قضاؤه ، ولا يمكن نقضه بعد ذلك ، ولا يجوز بيعه ، ولا يورث بالاتفاق ، لأن قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه على أحد

الوجهين برأيه ، وهو من أهل الاجتهاد ، ينفذ ، بالإجماع .

هذا الذي ذكرنا على مذهب أبي حنيفة . أما عند أبي يوسف ومحمد والشافعي وعامة الفقهاء : فإن الوقف صحيح ، في حق الرقبة ، ويزول عن ملكه ، كما في المسجد .

لكن اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما :

قال محمد : إنما يجوز بأربع شرائط :

أحدها ـ أن يخرجه من يده ، ويسلمه إلى المتولي ، حتى يتصرف فيه ، فيصرف أولاً إلى مصالح الوقف ، ويصرف الباقي إلى المستحقين .

والثاني ـ أن يكون في المفروز دون المشاع .

والثالث ـ أن لا يشترط لنفسه شيئاً من منافع الوقف .

والرابع ـ أن يكون مؤبداً ، بأن يجعل آخره إلى فقراء المسلمين .

وعلى قول أبي يوسف : لا يشترط شيء من هذه الأشياء .

وهذا الذي ذكرنا إذا وقف في حالة الصحة .

فأما إذا وقف في حالة المرض : فإن وقف وأوصى بها بعد وفاته : فهذا وحالة الصحة مع الوصية سواء : يعتبر خروجه من الثلث ، ولا يكون ميراثاً للورثة . وإن لم يجعله وصية بعد وفاته : ففي جواب ظاهر الرواية : هذا والوقف في حالة الصحة سواء .

وذكر الطحاوي : هو بمنزلة الوقف بعد وفاته .

والتوفيق بين الروايتين أن مراد محمد : أن وقف المريض نافذ للحال ، غير مضاف إلى ما بعد الموت ، كالوصية : فإن المريض إذا أعتق في حالة المرض ينفذ عتقه ، وإن كان لا يخرج من الثلث عندهما ، ويسعى وهو حر . وعند أبي حنيفة : ينفذ بقدر الثلث دون الثلثين ، ويسعى ،

وهو رقيق ، فيعتق الباقي . ومراد الطحاوي أنه لا يصح من جميع المال بل من الثلث ، بمنزلة الوصية . وبمنزلة الوقف والوصية بعد الموت ـ هذا هو الصحيح .

هذا الذي ذكرنا في العقار .

فأما في المنقول ـ هل يجوز وقفه ؟

إن كان تبعاً للعقار كالثيران ، وآلات الحراثة ، والعبيد ـ فإنه يجوز ، ويجعل وقفاً ، ويكون ملكاً لعامة الفقراء كعبيد الخمس في الغنائم .

وأما اذا كان مقصوداً ـ فإن كان مما يجري فيه التعامل ، وهو معتاد فيما بين الناس : يجوز عندهما ، خلافاً لأبي حنيفة ـ وذلك نحو الكُراع ، والسلاح في سبيل الله ، ولا نحو المَر والقدوم لحفر القبور ، وكثياب الجنازة ونحوها .

وأما وقف الكتب ـ فقد اختلف المشايخ فيه ، على قولهما . وعن نصير بن يحيى[1] أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة .

ولو جعل أرضه أو داره رباطاً ، أو مقبرة ، أو سقاية ـ فعند أبي حنيفة : لا يجوز . وعندهما : يجوز ـ غير أن محمداً يشترط الشرائط التي ذكرنا ، والتسليم عنده هو أن ينزل في الرباط بعض المارة ، وأن يدفن فيها الموتى ، وأن يسقى منها الناس ، وسقي الواحد كاف ، أو يسلم إلى المتولي ويأمره أن يأذن للمارة بالنزول فيها ، والدفن في المقبرة ، والشرب من السقاية ، بعدما صب الماء فيها .

ولو وقف أرضاً على عمارة المساجد ومرمة الرباط ، والمقابر : جاز عندهما .

---

(١) نصير بن يحيى البلخي : أخذ الفقه عن أبي سليمان الجوزجاني عن محمد . مات سنة ٢٦٨ هـ .

فأما الوقف على مسجد بعينه هل يجوز ؟ اختلف المشايخ فيه :

قال بعضهم : على الخلاف : على قول محمد : لا يجوز ، لأن هذا لا يتأبد عنده ، فإن المسجد إذا خرب واستغنى الناس عن الصلاة فيه ، يعود ملكاً لصاحبه إن كان حياً ، ويصير ميراثاً لورثة الواقف بعد وفاته . وعلى قول أبي يوسف : يجوز ، لأن عنده لا يصير ميراثاً بالخراب ، فإنه يبقى مسجداً أبداً .

وقال أبو بكر الأعمش : ينبغي أن يجوز ، بالاتفاق .

وقال أبو بكر الإسكاف : ينبغي أن لا يجوز ، بالاتفاق .

وأما حكم الصدقة

اذا قال : « داري هذه صدقة في المساكين » ـ فإنه يجب عليه أن يتصدق : إن شاء بعين الدار ، وإن شاء باعها ، وتصدق بثمنها على الفقراء ، لأن الصدقة عند الإطلاق تقع على تمليك الرقبة ، دون التصدق بالسكنى والغلة ـ بخلاف ما إذا قال : « داري هذه صدقة موقوفة على المساكين » ـ أنه ينصرف عند أبي حنيفة إلى التصدق بالغلة لوجود التعارف .

ولو قال : « جميع ما أملك فهو صدقة » ـ فإنه ينصرف إلى أموال الزكاة ، من السوائم ، وأموال التجارة ، والصامت[1] ، دون العقار والرقيق ، وعليه أن يتصدق بالكل ، ويمسك نفقة نفسه وعياله .

ثم إذا ملك مالاً ، يتصدق بمثل ما أنفق من المال الذي نذر بالتصدق به .

---

(١) الصامت من المال الذهب والفضة .

ولو قال : « مالي صدقة في المساكين » ، فإنه لا يدخل فيه السوائم والعقار والرقيق ، ويدخل أموال التجارة والصامت ـ وقد ذكرنا فيما سبق نظائره ، وبينا الفرق ، فلا نعيده . والله تعالى أعلم .

انتهى بحمد الله تعالىٰ

فهرست الموضوعات

كتاب الشركة

كتاب المضاربة

كتاب الصرف

كتاب الرهن

كتاب الشفعة

كتاب الذبائح

كتاب الصيد

كتاب الأضحية

كتاب الغصب

كتاب الديات

كتاب الحدود

كتاب السرقة

كتاب الهبة

كتاب الوديعة

كتاب العارية

كتاب الدعوى والبينات

كتاب الإقرار

كتاب الوصايا

كتاب الوكالة

كتاب الكفالة

كتاب الحوالة

كتاب الصلح

كتاب المزارعة والمعاملة

كتاب الإكراه

كتاب القسمة

كتاب المأذون

كتاب السير

كتاب الشرب

كتاب الحظر والإباحة

كتاب السبق

كتاب المفقود

كتاب اللقيط واللقطة وجعل الآبق

كتاب الخنثى

كتاب الشهادات

كتاب الرجوع عن الشهادات

كتاب أدب القاضي

كتاب الوقف والصدقة

